UNIVERSITE DE LAUSANNE - FACULTE DE DROIT

Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler

Etude des articles 324 a et b CO

Thèse

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Lausanne

par

PIERRE-ANDRE BERTHOUD
licencié en droit

1975

1976
MONTREUX - IMPRIMERIE GANGUIN ET LAUBSCHER S. A.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546809_0015

ERRATA

p. 30, troisième alinéa, 4, 5 et 6e ligne ; supprimer la phrase entre parenthèses.

p. 65, note 75 ; la référence jurisprudentielle est : RO 94, I, p. 628.

p. 85, 4e ligne ; lire : ..., qui doit englober toutes les prestations auxquelles celui-ci aurait eu droit...

p. 176, § 2, fin du 1er alinéa ; lire : ... qui ont délégué leur compétence aux communes, voire aux cercles [141].

p. 185, 2e alinéa ; l'indemnité de chômage est de :
- 80 % du salaire pour les assurés célibataires sans charges de famille.
- 85 % du salaire pour les assurés célibataires avec charges de famille ou pour les assurés mariés, sans enfants.
- 90 % du salaire pour les assurés mariés, avec enfants.

p. 204, note 9 ; la référence jurisprudentielle est : RO 97, I, p. 305.

p. 229, 3e alinéa, 6e ligne ; il s'agit d'un arrêt du TF du 20 mai 1970.

p. 253, 6e ligne ; lire : *Jahresbericht des Gewerblichen Schiedsgerichtes*...

ADDENDUM

A. *Références jurisprudentielles*

p. 102, fin du 1er alinéa ; voir BlZüR 1975, no 68, pp. 208 ss.

p. 163, 2e alinéa ; voir BlZüR 1975, no 67, pp. 203 ss.

p. 219, note 26 ; voir BJM 1975, pp. 315 ss.

B. *Bibliographie*

LUTHI Wilfried : *Arbeitsrecht und Sozialversicherung*, thèse Berne 1974.

Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler

Etude des articles 324 a et b CO

Nous prions Monsieur le Professeur Bernard Viret de trouver ici l'expression de notre vive reconnaissance pour l'intérêt qu'il a manifesté à notre travail et les conseils judicieux qu'il nous a prodigués.

UNIVERSITE DE LAUSANNE - FACULTE DE DROIT

Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler

Etude des articles 324 a et b CO

Thèse

de licence et de doctorat
présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Lausanne

par

PIERRE-ANDRE BERTHOUD
licencié en droit

1976
MONTREUX - IMPRIMERIE GANGUIN ET LAUBSCHER S. A.

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Pierre-André Berthoud, candidat à la licence et au doctorat en droit, intitulée : « Le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement de travailler. Etude des articles 324 a et b CO ».

Lausanne, le 21 avril 1975

Le Doyen de la Faculté de droit :
JEAN GAUTHIER

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

ARTICLE 324 a CO

— *al. 1 :* « Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu, dans la mesure où les rapports de travail ont duré plus de trois mois ou ont été conclus pour plus de trois mois.

— *al. 2 :* Sous réserve de délais plus longs fixés par accord, contrat-type de travail ou convention collective, l'employeur paie pendant la première année de service le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue fixée équitablement, compte tenu de la durée des rapports de travail et des circonstances particulières.

— *al. 3 :* En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations.

— *al. 4 :* Un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective peut déroger aux présentes dispositions à condition d'accorder au travailleur des prestations au moins équivalentes. »

— *al. 1 :* « Si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période.

— *al. 2 :* Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquième du salaire. »

ABREVIATIONS

ACF	Arrêté du Conseil fédéral
AI	Assurance-invalidité
al.	alinéa
APG	Allocations pour perte de gain
art.	article(s)
ATFA	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral des assurances (de 1927 à 1969)
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BlZüR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
BJM	Basler juristische Mitteilungen
c/	contre
CCS	Code civil suisse (du 10 décembre 1907)
CNA	Caisse nationale suisse en cas d'accidents
CO	Code des obligations (du 30 mars 1911/18 décembre 1936)
cons.	considérant
CPC	Code de procédure civile vaudois (du 14 décembre 1966)
CPS	Code pénal suisse (du 21 décembre 1937)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse (du 29 mai 1874)
DTA	Droit du travail et assurance-chômage
etc.	et caetera
ex.	exemple(s)
FF	Feuille fédérale
FOBB	Fédération suisse des ouvriers sur bois et du bâtiment
Fr.	francs
GE	Genève
JT	Journal des tribunaux
KUVG	Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung (vom 13. Juni 1911)
LAC	Loi fédérale sur l'assurance-chômage (du 22 juin 1951)
Lagr	Loi fédérale sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne (du 3 octobre 1951)
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (du 19 juin 1959)
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire (du 20 septembre 1949)
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents (du 13 juin 1911)
LAPG	Loi fédérale sur les allocations pour perte de gain en faveur des militaires et des personnes astreintes à servir dans l'organisation de la protection civile (du 25 septembre 1952)

LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (du 20 décembre 1946)
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance (du 2 avril 1908)
LF	Loi fédérale
LFNM	Loi fédérale sur la navigation maritime sous pavillon suisse (du 23 septembre 1953)
lit.	lettre (*littera*)
LT	Loi fédérale sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (du 13 mars 1964)
n°	numéro
O	Ordonnance
OAV	Ordonnance sur la responsabilité civile et l'assurance en matière de circulation routière (du 20 novembre 1959)
OFAS	Office fédéral des assurances sociales
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail.
ONM	Ordonnance sur la navigation maritime (du 20 novembre 1956)
op. cit.	ouvrage cité (*opere citato*)
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht (vom 30. März 1911/18. Dezember 1936)
p.	page
pp.	pages
RCC	Revue à l'intention des caisses de compensation...
RJAM	Assurance-maladie : jurisprudence et pratique administrative
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
ss	et suivants(es)
TFA	Tribunal fédéral des assurances
TI	Tessin
vol.	volume
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins

AVANT-PROPOS

L'art. 82 CO dispose que quiconque poursuit l'exécution d'un contrat bilatéral doit avoir exécuté ou offrir d'exécuter sa propre obligation. Cette règle peut se résumer par l'adage « pas de prestation sans contreprestation ». En matière de droit du contrat de travail, le travailleur ne peut donc, en règle ordinaire, prétendre son salaire sans avoir effectué ou offrir d'effectuer le travail correspondant. Cependant, la rigueur du principe « pas de salaire sans travail » est atténuée par l'art. 324 a CO aux termes duquel le travailleur a droit au salaire pour un temps limité s'il est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telles que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique.

Le maintien du droit au salaire malgré l'absence du travailleur constitue donc une mesure d'exception qui déroge aux principes généraux du CO. En effet, la disposition de l'art. 324 a CO a pour conséquence de répartir entre les parties au contrat de travail le risque que le travailleur ne puisse, dans certaines circonstances, offrir ses services. En cas d'interruption du travail d'une durée limitée, l'employeur est tenu de poursuivre l'exécution du contrat et de fournir sa propre prestation ; au-delà de cette période, les conséquences de l'impossibilité de travailler sont supportées par le travailleur.

La réglementation exceptionnelle de l'art. 324 a CO se justifie par la nature particulière des rapports de travail. En effet, les relations entre parties au contrat de travail se distinguent des autres rapports contractuels en ce sens qu'elles ne se limitent pas à un échange de prestations purement patrimoniales. Pour le travailleur, elles englobent par exemple

le devoir de diligence et de fidélité (art. 321 a CO), l'obligation de rendre compte et de restituer (art. 321 b CO) ainsi que l'obligation de respecter les directives générales et les instructions de l'employeur (art. 321 d CO) ; pour ce dernier, elles comprennent notamment l'obligation de protéger la personne du travailleur (art 328 CO), de lui accorder du temps libre (art. 329 CO) et des vacances (art. 329 a CO). L'esprit de collaboration qui caractérise les relations entre employeurs et travailleurs a pour conséquence d'instaurer des liens étroits et personnels entre les parties. C'est précisément pour tenir compte de ces particularités que le législateur s'est écarté, suivant les circonstances, des principes généraux applicables en matière contractuelle.

Dans le cas qui nous occupe, la protection spéciale que la loi accorde au travailleur, considéré comme partie la plus faible au contrat, résulte de la volonté du législateur de lui octroyer certaines garanties. Il est vrai que le travailleur se trouve dans une situation de double dépendance à l'égard de l'employeur :une dépendance juridique puisqu'il doit se soumettre au pouvoir de direction de l'employeur et une dépendance économique du fait que l'emploi constitue, dans la plupart des cas, la seule base de l'existence matérielle du travailleur. Le versement du salaire au travailleur empêché de travailler répond à cette préoccupation du législateur. Le travailleur qui met sa capacité de travail à disposition de l'employeur doit être en mesure de subvenir dans l'immédiat à son entretien et à celui de sa famille s'il est empêché de travailler pour un motif inhérent à sa personne ; à cet effet, la loi stipule que le travailleur ne doit pas supporter seul les conséquences de l'impossibilité non fautive de travailler mais que l'employeur doit remédier pour une part au préjudice causé par la perte temporaire de la capacité de travail.

Le droit du travailleur au salaire constitue donc une réglementation de caractère social ; elle illustre la tendance protectrice que le droit du contrat de travail manifeste en faveur des travailleurs ; dans cette optique, le législateur a inclu les articles 324 a et b CO parmi les dispositions du titre X qui sont de nature relativement impérative ; en conséquence, les parties ne peuvent déroger à leur contenu au détriment des travailleurs.

La garantie du salaire en cas d'empêchement de travailler n'est pas une conquête récente des travailleurs ; en effet, elle figurait déjà dans le Code des obligations de 1881, en son article 341, al. 1. Lors de la revision du CO de 1911, elle fut insérée à l'art. 335, disposition qui

a régi le droit du travailleur au salaire en cas d'empêchement jusqu'au 1er janvier 1972 — date de l'entrée en vigueur des art. 324 a et b CO revisé —, soit pendant plus de soixante ans. Cette longévité n'a pas été sans poser certains problèmes ; critiqué dès son élaboration, l'art. 335 CO ancien a relativement mal résisté à l'épreuve du temps et a donné lieu à de nombreuses controverses. Il nous a paru intéressant de rappeler brièvement le contenu de cette disposition et de mentionner les principales critiques qui lui furent adressées. Cette étude, qui constitue la première partie de notre travail, nous permettra d'aborder plus facilement la réglementation des art. 324 a et b CO et de mieux comprendre la genèse de ces dispositions.

Le droit du travailleur au salaire à teneur des art. 324 a et b CO est soumis à un certain nombre de conditions ; elles se rapportent aux motifs d'empêchement, aux modalités d'engagement du travailleur ou à la durée du contrat de travail ; en outre, l'empêchement du travailleur ne doit pas être fautif. Lorsque ces différentes conditions d'application sont réunies, l'employeur est tenu de payer le salaire pour un temps limité ; la durée du droit du travailleur au salaire est déterminée principalement par la durée des rapports de travail ; elle est également étroitement liée au droit de l'employeur de résilier le contrat de travail. Le montant du salaire correspond à celui que le travailleur aurait reçu s'il avait pu occuper son emploi. Le caractère social de la disposition des art. 324 a et b CO a notamment pour conséquence que l'empêchement ne doit pas constituer une source de gain pour le travailleur. Le risque d'enrichissement du travailleur peut se réaliser dans deux types de situations différentes. Le premier a trait à l'existence simultanée d'une prétention contre l'employeur et contre un tiers responsable de l'empêchement de travailler (accident provoqué par un tiers qui entraîne une incapacité de travail) : ce cas est réglé d'après les principes généraux du CO ; le second vise le concours entre les prestations d'une assurance destinée à couvrir la perte de gain et le salaire dû par l'employeur. Si le travailleur est affilié obligatoirement à une institution d'assurance, en vertu d'une disposition légale, l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire si les prestations d'assurance couvrent les quatre cinquièmes du salaire ; cette réglementation fait l'objet de l'art. 324 b CO ; nous l'examinerons dans le détail sous le titre « l'obligation limitée de verser le salaire ». Lorsque l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance résulte d'un accord entre les parties, l'employeur est dis-

pensé de payer le salaire si les prestations d'assurance sont au moins équivalentes à celles que le travailleur eût été en droit d'obtenir de la part de l'employeur ; cette dernière hypothèse constitue le cas le plus répandu de réglementation dérogatoire au principe du paiement du salaire ; elle est régie par l'art. 324 a, al. 4 CO.

Première partie

L'ancien article 335 CO[1]

[1] Comme cette première partie traite essentiellement de l'article 335, nous ne mentionnerons pas chaque fois le terme « ancien ».

Chapitre premier

INTRODUCTION

Avant l'entrée en vigueur, le premier janvier 1972 [2], des articles 324 a et b CO revisé, les dispositions légales régissant le paiement du salaire au travailleur en cas d'empêchement de travailler étaient contenues dans l'art. 335 CO qui stipulait :

« Dans les contrats de travail conclus à long terme, l'employé ne perd pas son droit au salaire pour un temps relativement court, lorsqu'il est empêché de travailler, sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale ou pour telle autre cause analogue. »

Cet article, qui reprenait pour l'essentiel le texte de l'art. 341, al. 1 du CO de 1881 [3], donna lieu à de nombreuses controverses lors des délibérations des Chambres fédérales relatives à la revision du CO de 1911. Les projets de 1905 et 1909 firent déjà l'objet d'âpres discussions au cours desquelles s'affrontèrent les milieux patronaux et ouvriers, sans qu'il fût possible de trouver un terrain d'entente ; devant l'impasse, deux possibilités s'offraient aux Chambres : rechercher immédiatement une solution satisfaisante ou remettre le projet à des temps meilleurs ;

[2] Relevons que les contrats de travail en vigueur le premier janvier 1972 devaient être adaptés aux nouvelles dispositions du CO revisé jusqu'au premier janvier 1973. Dès cette date, tous les contrats de travail furent soumis aux prescriptions impératives du titre X nouveau.

Précisons encore que la nouvelle réglementation s'appliqua immédiatement aux contrats de travail conclus au cours de l'année 1972.

[3] « Celui qui a engagé ses services à long terme ne perd pas ses droits à la rémunération alors qu'il est empêché de s'acquitter de son obligation pendant un temps relativement court et sans sa faute, pour cause de maladie, de service militaire ou telle autre analogue. »

c'est la moins satisfaisante des deux qui fut choisie ; en effet, notre législateur donna l'assurance que la question serait étudiée après l'introduction de la LAMA et que l'art. 335 CO serait entièrement réexaminé. Cette promesse fut sans lendemain et le droit du travailleur au salaire a été régi pendant soixante et un ans par l'art. 335 CO dans sa version de 1911.

Sans entrer dans le détail de toutes les questions controversées, nous tenterons de dégager, à travers l'évolution de la doctrine et de la jurisprudence, les difficultés d'application de l'art. 335 CO. Cette démarche nous permettra de mieux comprendre la *ratio legis* des dispositions du CO revisé. Nous nous contenterons de mentionner les points litigieux que nous retrouverons en étudiant les articles 324 a et b CO revisé et ne traiterons dans cette première partie que ceux dont la solution a donné lieu à une réglementation nouvelle.

Chapitre II

LA DUREE DES RAPPORTS DE TRAVAIL

La première condition d'application de l'art. 335 CO était que le contrat de travail fût conclu à long terme. La question était donc de savoir quand un contrat de travail avait été conclu à long terme. Il Importait de distinguer les contrats conclus pour une durée déterminée de ceux conclus pour une durée indéterminée et d'examiner si un contrat qui avait effectivement duré longtemps était assimilable à un contrat conclu à long terme.

§ 1. Contrat de durée déterminée

Si les parties avaient prévu la durée du contrat lors de sa conclusion, il s'agissait de savoir quelle était la durée minimum pour que le contrat en question pût être considéré comme conclu à long terme.

La plupart des auteurs [4] étaient d'avis qu'un contrat prévu pour une durée d'un an [5] satisfaisait à la condition posée par l'art. 335 CO.

La durée effective des rapports de travail jusqu'à la survenance de l'empêchement de travailler n'était déterminante que pour le calcul du temps relativement court pendant lequel le salaire devait être payé.

Donc, sous l'empire de l'art. 335 CO, un contrat conclu pour une durée d'un an était généralement considéré comme conclu à long terme,

[4] Citons notamment : BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 98, OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335 nº 13 p. 1260, SCHWEINGRUBER (1), *op. cit.* p. 66, et MEYER, *op. cit.* p. 23. Voir aussi dans ce sens RSJ 18, pp. 225 ss.

[5] KATZ, *op. cit.* p. 118, considérait une durée de 6 mois comme suffisante.

que l'empêchement de travailler survînt avant ou après que les rapports de service avaient duré un an.

§ 2. Contrat de durée indéterminée

Comme l'intention des parties d'établir des rapports de travail à long ou à court terme ne ressortait pas à la conclusion d'un contrat de durée indéterminée, il était nécessaire de recourir à un critère qui permît de la dégager.

Ce critère était celui du délai de résiliation ; il était tiré de l'art. 348 CO ancien qui disposait à son premier alinéa :

« Si le contrat de travail a duré plus d'un an, la résiliation peut intervenir de part et d'autre moyennant un congé donné deux mois à l'avance pour la fin d'un mois. »

Il résultait de cette disposition qu'un contrat de travail assorti d'un délai de résiliation de deux mois avait duré, en règle ordinaire, plus d'un an, et qu'il pouvait par conséquent être considéré comme conclu à long terme.

Cette argumentation reposait sur l'idée qu'il existait une étroite corrélation entre le délai de résiliation tel qu'il avait été fixé et l'intention des parties quant à la durée du contrat ; cette relation ne nous paraît pas évidente.

Qu'en était-il d'un contrat de durée indéterminée ne mentionnant aucun délai de résiliation ou prévoyant un délai de résiliation inférieur à deux mois ? C'est ici qu'intervenait la notion de durée effective des rapports de travail ; elle a donné lieu à une querelle fameuse qui a divisé la doctrine.

Cette divergence d'opinion était née de la réponse à donner à cette question : « pouvait-on assimiler un contrat de durée indéterminée assorti d'un bref délai de résiliation (ou ne contenant même aucun délai de résiliation), mais qui avait effectivement durée longtemps, à un contrat conclu à long terme, et par là même le faire bénéficier de l'application de l'art. 335 CO ? »

Chaque partie a tenté de justifier son point de vue (par des considérations d'ordre juridique ou social) sans jamais rejoindre celui de son adversaire sauf sur ce point précis que la loi était mal faite. Attendu que le législateur de 1971 a mis fin à cette controverse par l'adoption

de l'art. 324 a CO revisé, nous nous bornerons à exposer sommairement l'opinion des antagonistes et les conséquences juridiques qui en découlaient.

Section 1 : *Interprétation stricte*

Pour les partisans d'une interprétation stricte de la loi [6], le texte de l'art. 335 CO était parfaitement clair : seuls les contrats conclus dès l'origine à long terme ou les contrats dont le délai de résiliation était long pouvaient bénéficier de l'art. 335 CO, à l'exclusion de ceux qui avaient duré longtemps mais qui n'avaient pas été initialement conclus pour une longue durée [7].

Il était sans aucun doute dans l'intention première du législateur (les projets de 1905 et 1909 le prouvent) [8] de mettre les contrats qui avaient effectivement duré longtemps au bénéfice de l'art. 335 CO pour des raisons de politique sociale et de pure logique. Or les Chambres ne l'ont pas fait, cédant à l'opposition des milieux industriels et commerciaux. Dans ces conditions, la volonté du législateur était claire et ce n'était pas le rôle de la jurisprudence d'introduire dans la loi ce que le législateur n'avait pas voulu y mettre.

Les tenants d'un tel raisonnement admettaient que leur point de vue prêtait à la critique pour des raisons d'équité. En revanche, d'un point de vue strictement juridique, leur interprétation ne manquait pas d'arguments. En effet, le principe de la séparation des pouvoirs exigeait que si la loi était en contradiction avec les mœurs et l'évolution sociale de son époque, ce fût le législateur et non le juge qui veillât à son adaptation [9]. Il n'y avait pas de lacune de la loi en l'espèce.

[6] Parmi eux, citons : SULZER, RSJ 19, pp. 116 ss, SAAS, RSJ 19, pp. 179 ss et p. 240, MEYER, *op. cit.* pp. 25 à 33, ROSSEL, *op. cit.* p. 416, CHRISTEN, RSJ 44, pp. 366 et 367, SONTHEIM, *op. cit.* p. 28.

[7] Voir RSJ 44, pp. 257 ss.

[8] L'art. 1381, al. 2 du projet de 1905 disposait : « Ce temps s'apprécie non seulement eu égard au délai prévu pour donner congé, mais aussi à la durée des services que l'ouvrier a d'ores et déjà rendus au maître ». Voir FF 1905, II, p. 162. Le projet de 1909, après modification par la commission du Conseil national, était plus clair encore ; il stipulait que « ... lorsque le contrat ne peut être dénoncé qu'après un délai d'un mois au moins, ou lorsqu'il a duré plus d'un an, le locateur ne perd pas son droit au salaire... » (bulletin sténographique du Conseil national 1909, p. 736).

[9] Voir à ce sujet BURCKHARDT, *op. cit.* pp. 86 et 87.

C'était l'opinion de Meyer qui écrivait, dans sa thèse [10] : « Le législateur a renoncé à une amélioration en faveur de la classe ouvrière. Il a écrit dans la loi tout ce qu'il a voulu écrire. Le juge n'a aucune lacune à combler (l'art. 1 CCS n'a donc pas ici son application). Il n'a pas à prendre des décisions auxquelles les Chambres ont renoncé en ayant mûrement pesé le pour et le contre et à introduire dans la loi ce que le législateur n'a pas voulu y mettre ».

En conséquence, le juge devait refuser d'appliquer l'art. 335 CO à un contrat dont le délai de résiliation était de quatorze jours et qui avait duré une dizaine d'années pour l'accorder à celui dont le délai de congé était de deux mois mais qui n'avait duré effectivement que six mois.

Section 2 : *Interprétation extensive*

Cette seconde interprétation est extensive en ce sens qu'elle élargit le champ d'application de l'art. 335 CO, qu'elle déclare applicable aux contrats qui ont effectivement duré longtemps et non pas seulement aux contrats prévus à long terme dès leur origine. C'est le Tribunal fédéral des assurances, dans un arrêt du 16 mars 1922 [11], qui a donné le feu vert à l'interprétation extensive de l'art. 335 CO.

Cet arrêt, et notamment sa justification (basée sur une interprétation erronée d'un passage de Rossel), furent vivement critiqués par Sulzer et Saas [12]. S'inspirant de cette jurisprudence, plusieurs cours cantonales, en particulier celles de Zurich et de Vaud, assimilèrent la « durée effective » à la « durée prévue » d'un contrat de travail [13]. La doctrine emboîta le pas si bien que cette interprétation extensive devint vite prédominante [14] ; elle correspondait à l'évolution sociale telle qu'elle s'était dessinée, particulièrement depuis la seconde guerre mondiale.

Selon ses défenseurs, la question à résoudre était à la fois d'équité

[10] *Op. cit.* p. 29.

[11] RSJ 19, p. 86.

[12] RSJ 19, pp. 116, 179 et 240.

[13] Voir RSJ 44, pp. 261 ss ; DTA, vol. 13, n° 9, p. 25 et RSJ 46, pp. 158 ss (cité à la note 15).

[14] Citons notamment : OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335, n° 17, p. 1260, KATZ, *op. cit.* pp. 118 à 123, SCHWEINGRUBER (1), *op. cit.* p. 67, BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 97, SCHWARTZ, *op. cit.* p. 59, SCHNEEBERGER, *op. cit.* pp. 44 ss, GUHL, *op. cit.* pp. 335 et 336.

et de droit [15]. Ils partageaient l'opinion de Birchmeier [16] lorsqu'il écrivait : « le législateur a abandonné au juge l'interprétation de l'art 335 CO », et étendaient, pour des raisons d'équité et de justice sociale, le champ d'application de l'art. 335 CO, sans jamais cependant en donner une justification juridique suffisante.

Et pourtant, il paraissait choquant qu'un travailleur resté au service du même employeur durant de longues années ne pût recevoir son salaire, même en cas de courte maladie, pour le seul motif que le délai de résiliation de son contrat n'avait pas été fixé à sa conclusion. La longue durée des rapports de travail n'était-elle pas une preuve indirecte de la volonté des parties de nouer des relations de longue durée ? Cela avait paru évident à bon nombre d'auteurs, qui, à l'instar de Schweingruber [17], avaient étendu l'application de l'art. 335 CO à trois types de contrats :

— les contrats conclus à long terme, pour une durée minimum d'une année
— les contrats avec délais de résiliation d'au moins un mois [18]
— les contrats avec délais de résiliation plus courts mais qui avaient effectivement duré un certain temps [19].

De même des contrats de courte durée mais renouvelés plusieurs fois furent jugés équivalents à des contrats conclus à long terme.

§ 3. Conclusion

La trop grande imprécision de l'art. 335 CO ainsi que la négligence des Chambres fédérales, qui ne tinrent pas leur promesse d'une *revisio*

[15] C'était l'avis de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois (exprimé dans un arrêt paru dans la RSJ 46, pp. 158 ss) qui concluait : « lorsqu'un employé engagé à court terme conserve son emploi un certain temps, il se crée implicitement un état de droit analogue à celui visé expressément par l'art. 335 CO. »

[16] *Op. cit.* p. 98.

[17] Voir la Revue des juristes bernois nº 32, pp. 248 ss.

[18] Le délai de deux mois issu de l'art. 348 CO ancien a souvent été ramené à un seul mois. Voir KATZ, *op. cit.* pp. 103 et 104, notes 306 et 307.

[19] Six, sept, neuf ou douze mois selon la doctrine et la jurisprudence ; le délai d'un an était le plus usuel. Voir notamment DTA, vol. 8, nº 16, p. 35 ; certains tribunaux ne prirent la durée effective des rapports de service en considération que si le contrat prévoyait un délai de résiliation d'un mois au minimum. Voir dans ce sens BlZüR 31, nº 57 a.

in melius de cette disposition dès l'introduction de la LAMA, ont conduit à ce résultat que notre loi s'est révélée très vite insuffisante ; la première condition du paiement du salaire au travailleur en cas d'empêchement de travailler a suscité une controverse sur le point de savoir si la durée effective d'un contrat de travail équivalait à sa durée prévue. Il est à remarquer que les uns niaient cette équivalence pour des raisons de sécurité juridique tout en admettant qu'elle se justifiait parfaitement pour des raisons de justice sociale alors que les autres l'acceptaient pour des motifs d'équité tout en reconnaissant que leur point de vue ne résistait pas à un examen juridique approfondi.

Nous verrons dans la suite de notre travail [20] que le législateur de 1971 a assimilé les contrats de longue durée à ceux qui ont été conclus à long terme dès l'origine, sans cependant abandonner le critère de la fixation dans le contrat de la durée des rapports de travail. L'art. 324 a CO revisé accorde aux travailleurs une meilleure protection que l'art. 335 CO, même interprété extensivement.

[20] *Infra*, deuxième partie, pp. 79 à 81.

Chapitre III

LES CAUSES DE L'EMPECHEMENT DE TRAVAILLER

Toute absence du travailleur ne justifiait pas le paiement de son salaire par l'employeur. En plus de la condition générale d'application de l'art. 335 CO, qui était l'absence de faute de la part du travailleur [21], l'empêchement de travailler devait être occasionné par des causes bien précises. L'art. 335 CO mentionnait la maladie, le service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale et d'autres causes analogues.

§ 1. La maladie et les causes analogues

Le concept de maladie, tel qu'utilisé à l'art. 335 CO comprenait celui d'accident [22] ; la doctrine et la jurisprudence l'admettaient sans restrictions [23]. En revanche, la question de savoir si la grossesse et ses conséquences constituaient une cause analogue à la maladie fut controversée. La majorité des auteurs l'affirmait, sous réserve peut-être des cas de grossesse hors mariage [24]. Le tribunal de prud'hommes de la ville

[21] Nous examinerons cette condition dans le détail en étudiant l'art. 324 a CO revisé. Voir *infra*, deuxième partie, pp. 63 ss.

[22] Définition de la maladie et de l'accident : voir *infra*, deuxième partie, pp. 43 ss.

[23] Jurisprudence : voir *ad exemplum* RSJ 43, p. 40, chiffre 2.
Doctrine : citons notamment MEYER, *op. cit.* p. 34, KATZ, *op. cit.* p. 131, OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335, n° 4, p. 1255, BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 101, SONTHEIM, *op. cit.* p. 30, SCHWEINGRUBER (1), *op. cit.* pp. 64 et 68.

[24] Cette question sera examinée dans le chapitre consacré à la « faute du travailleur » (*infra*, deuxième partie, pp. 75 ss).

de Bâle, dans un arrêt du 24 septembre 1954 [25], émit toutefois un avis différent ; il considéra en effet qu'il n'y avait pas de relation entre la grossesse et les rapports de travail et que c'était au père, comme le prévoit le droit de la famille [26], de se charger de l'entretien de la mère, que la grossesse fût légitime ou non ; les conséquences de la grossesse ne devaient pas être supportées par l'employeur.

Relevons encore qu'il importait peu, pour que l'art. 335 CO s'appliquât, que la cause de la maladie (ou de l'accident) survînt dans le cadre du travail ou en dehors de celui-ci [27].

§ 2. Le service militaire

L'art. 335 CO n'a réglementé le droit des travailleurs au salaire en cas de service militaire que jusqu'en 1939. Dès lors, il fut remplacé par le régime des allocations pour perte de salaire et de gain [28], régi depuis le premier janvier 1953 par la LAPG. Que fallait-il entendre par « service militaire obligatoire à teneur de la législation fédérale » ?

Il s'agissait tout d'abord de préciser quelles activités la notion de service militaire recouvrait. Schneeberger, dans sa thèse [29], estimait qu'il ne fallait pas s'attacher à des critères particuliers (comme le port de l'uniforme, l'inscription dans le livret de service ou la soumission à la discipline militaire), mais prendre en considération l'ensemble des dispositions légales en la matière pour examiner à l'occasion de chaque activité déployée dans l'intérêt de la Confédération s'il s'agissait ou non de service militaire. Il excluait ainsi les réunions des associations d'officiers ou de sous-officiers, les tirs militaires, le recrutement, l'instruction préparatoire (cours pour jeunes tireurs, par exemple), pour y inclure notamment les inspections d'armes et d'équipement, les participations à un défilé ou un enterrement militaire et, naturellement, le service d'instruction et le service actif.

[25] Voir DTA, vol. 4, nº 2, p. 1.

[26] Voir art. 160 et 317 CCS.

[27] Voir RSJ 40, p. 147 et *infra*, deuxième partie, pp. 44 et 45.

[28] Nous étudierons ce régime lorsque nous aborderons l'article 324 b CO revisé. Voir *infra*, quatrième partie, pp. 189 ss.

[29] « *Die Lohnzahlung während des Militärdienstes des Dienstpflichtigen* », Bern 1938.

Ce service militaire devait être accompli pour le compte de la Confédération ; ainsi le travailleur accomplissant un service militaire à l'étranger ne bénéficiait pas de la disposition de l'art. 335 CO. Selon Schneeberger [30], l'Etat qui soumettait un travailleur au service militaire devait pourvoir à son entretien. Cependant, le service militaire obligatoire à l'étranger fut parfois considéré par la jurisprudence comme une cause analogue permettant l'application de l'art. 335 CO [31].

Enfin, le service militaire à teneur de la législation fédérale devait être obligatoire. Conformément à l'art. 10 de la loi sur l'organisation militaire de 1907, la pratique constante considérait comme obligatoires non seulement le service d'instruction et le service actif mais aussi le service d'avancement, qui englobait notamment l'école de recrues (en tant que soldat ou gradé), l'école de sous-officiers, l'école d'officiers [32], les écoles et cours de tirs, les cours techniques, tactiques et d'état-major, les écoles centrales I et II, etc.

§ 3. Les autres causes analogues

Certains empêchements de travailler, qui n'avaient aucun rapport avec la maladie ou le service militaire, donnèrent lieu à l'application de l'art. 335 CO. En effet, une partie de la doctrine a interprété très largement cette notion de cause analogue. Sontheim [33] estimait, par exemple, que des événements objectifs pouvaient être considérés comme des causes analogues au sens de l'art. 335 CO s'ils influaient sur la capacité de travailler (*Arbeitskraft*) des travailleurs [34].

[30] *Op. cit.* p. 10.

[31] Voir RSJ 11, p. 51.

[32] La question de savoir si l'accomplissement d'une école d'officiers permettait d'appliquer l'art. 335 CO fut discutée ; selon certains employeurs, ce service ne devait pas être considéré comme obligatoire puisqu'il était possible de le refuser. Mais les tribunaux, appuyés par un avis du Département militaire fédéral, communiqué au tribunal de prud'hommes de la ville de Berne le 31 août 1932, l'inclurent dans le service militaire obligatoire ; à leur sens, l'élément principal à prendre en considération était les besoins de l'armée en officiers : le bon-vouloir des intéressés n'intervenait que subsidiairement. Schneeberger (*op. cit.* pp. 62 et 63) et Oser-Schönenberger (*op. cit. ad* art. 335, n° 5, p. 1256) notamment étaient du même avis.

[33] *Op. cit.* p. 31.

[34] Même avis : Katz, *op. cit.* p. 128, Meyer, *op. cit.* p. 42, Birchmeier, *op. cit.* p. 102.

La jurisprudence fut souvent plus restrictive, précisant que les causes analogues mentionnées à l'art. 335 CO devaient être inhérentes à la personne du travailleur [35] ; elle a refusé d'appliquer l'art. 335 CO notamment dans les cas suivants :

— travailleur du bâtiment empêché de travailler en raison du gel [36] ;
— empêchement de travailler en raison d'une grève ; aucun salaire n'est dû en cas de force majeure [37] ;
— impossibilité pour un voyageur en vacances à l'étranger de reprendre son travail à temps en raison de difficultés rencontrées à la douane [38] ;
— employée absente de son travail parce qu'elle assistait sa sœur qui avait besoin de soins à la suite d'une grossesse ; le tribunal de prud' hommes de la ville de Bâle, dans un arrêt rendu en 1946 [39], a décidé que ce n'était pas à l'employeur de supporter le dommage qui pouvait résulter de l'accomplissement d'un devoir moral par le travailleur ;
— empêchement de travailler dû à une interdiction de circuler pour cause d'épidémie [40].

En revanche, un certain nombre de motifs d'empêchement de travailler furent admis sans restriction par la jurisprudence et la doctrine ; citons à titre d'exemple des événements ou circonstances de famille (naissance, mariage, décès), la détention non fautive, le témoignage en justice ou certaines obligations attachées à la qualité de citoyen, telles que fonctionner comme juré, pompier ou membre d'un bureau électoral.

§ 4. Conclusion

L'art. 335 CO ne mentionnait expressément que la maladie et le service militaire comme motifs d'empêchement de travailler justifiant le paiement du salaire au travailleur ; c'est l'interprétation de la notion

[35] Voir *ad exemplum* : RSJ 29, p. 102. Cette exigence a été reprise à l'art. 324 a CO ; voir *infra*, deuxième partie, p. 43.

[36] RSJ 30, p. 202.

[37] RSJ 17, p. 171, n° 30, cons. 3.

[38] RSJ 40, p. 266.

[39] « *Jahresbericht des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt* » 1946, p. 10, cité par SONTHEIM, *op. cit.* p. 31.

[40] RSJ 18, p. 108, n° 90 *in fine*.

de cause analogue qui a permis d'étendre le champ d'application de cette disposition. A côté des accidents et de la grossesse, qui ont été admis très largement comme empêchements de travailler analogues à la maladie, l'admission d'autres causes analogues au sens de l'art. 335 CO s'est limitée à des motifs de nature obligatoire et présentant dans bien des cas un caractère public. L'article 324 a CO revisé a sanctionné cet état de fait.

Chapitre IV

LES CONSEQUENCES DE L'EMPECHEMENT DE TRAVAILLER

Si les conditions d'application de l'art. 335 CO étaient réunies, l'employeur devait payer le salaire au travailleur pendant un temps relativement court.

Le paiement du salaire, d'ordinaire en espèces, pouvait aussi être effectué en nature [41] ; il était dû quel que fût le mode de rétribution (à l'heure, au mois ou à la pièce) et sous quelque forme que ce fût (participation à des bénéfices ou gratification).

La détermination du temps relativement court fut laissée à la libre appréciation du juge qui le fixait *ex aequo et bono* en tenant compte de la durée des rapports de travail jusqu'à la survenance de l'empêchement de travailler (ou si l'on s'en tenait strictement au texte de la loi, en fonction de la durée prévue du contrat ou de la durée du délai de résiliation). Le tribunal de prud'hommes de la ville de Berne a publié en 1926 [42] une échelle de la durée du droit au salaire, établie en fonction de la durée du contrat. Ce barême, qui n'avait qu'une valeur indicative [43], fournissait une norme moyenne dont les tribunaux pouvaient s'écarter selon les circonstance de l'espèce [44].

[41] La rétribution des ouvriers agricoles comprenait généralement la nourriture et le logement. Voir *infra*, troisième partie, plus particulièrement pp. 86 et 87.

[42] RSJ 24, pp. 137 et 138.

[43] Voir notamment RSJ 38, p. 87 ; il s'agissait d'un travailleur célibataire, sans obligation d'entretien et vivant chez ses parents ; le juge a fixé la durée de son droit au salaire en deça des normes de l'échelle bernoise. Dans un arrêt paru dans la RSJ 36, nº 72, p. 46, le juge a annulé un jugement de l'instance inférieure qui avait dépassé les normes de l'échelle de Berne.

[44] Voir *infra*, troisième partie, pp. 101 à 104, l'interprétation et la critique de cette échelle bernoise.

ECHELLE DE BERNE

Durée du contrat :	*Durée du droit au salaire :*
1 à 2 mois	2 à 4 jours
3 mois	1 semaine
6 mois	2 semaines
9 mois	3 semaines
1 an	1 mois
2 à 4 ans	2 mois
5 à 9 ans	3 mois
10 à 14 ans	4 mois
15 à 19 ans	5 mois
	etc.

Le tribunal de prud'hommes de la ville de Bâle a lui aussi établi une telle échelle, en distinguant les ouvrier des employés pour accorder à ces derniers une protection plus large [45].

ECHELLE DE BALE

Durée du contrat :	*Prétention de l'ouvrier pendant :*	*Prétention de l'employé pendant :*
6 à 12 mois	7 à 14 jours	2 à 3 semaines
1 à 3 ans	3 à 4 semaines	4 à 6 semaines
3 à 5 ans	4 à 6 semaines	6 à 8 semaines
plus de 5 ans	2 mois	2 à 4 mois

Notons que pour calculer la durée du droit au salaire, il fallait tenir compte de tous les empêchements survenus pendant l'année ; l'ensemble des interruptions dans l'année devait constituer le temps relativement court de l'art. 335 CO [46].

[45] La revision du 25 juin 1971 a aboli tout différence de traitement entre ouvriers et employés.

[46] Le droit du travailleur était donc épuisé si, au cours de la première année de travail, il recevait son salaire en cas de maladie d'une durée de trois semaines ; il ne pouvait plus le réclamer pour la durée d'un empêchement ultérieur dû à un accident par exemple.

D'autres critères pouvaient guider le juge dans sa détermination, notamment la nécessité de remplacer le travailleur pendant son absence [47] ou la gravité du dommage subi par le travailleur [48].

Ce large pouvoir d'appréciation du juge, s'il lui permettait de tenir compte des circonstances particulières de l'espèce, laissait cependant le travailleur dans l'incertitude quant à l'étendue de ses droits. En outre, il eût été souhaitable que l'élasticité de la durée du droit au salaire fût assortie d'une garantie minimum accordée aux travailleurs.

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce point dans la suite de notre travail [49] et de remarquer que l'art. 324 a CO revisé a apporté quelque amélioration à l'ancien système.

[47] OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335, nº 21, p. 1262.

[48] MEYER, *op. cit.* p. 49. Mentionnons également les relations plus ou moins étroites entre les parties, les dimensions de l'entreprise en cause, le genre de travail, la capacité financière des parties.

[49] Voir *infra*, troisième partie, pp. 98 ss.

Chapitre V

L'INCIDENCE DE L'ART. 130 LAMA SUR L'ART. 335 CO

L'art. 130 LAMA, abrogé dès l'entrée en vigueur de la LF revisant les titres X et X bis CO [50], réglait les relations entre le CO et la LAMA, et visait à éviter que le travailleur reçût à la fois les prestations de l'employeur et celles de l'assurance. Il stipulait :

al. 1 : « Si l'employé est membre d'une caisse reconnue d'assurance en cas de maladie et si l'employeur supportait au moins la moitié des contributions, l'indemnité de chômage due par la caisse-maladie peut, en cas de maladie, être déduite du salaire dû à teneur de l'art. 335 du Code des obligations.

al. 2 : En cas d'accident, l'employé n'a pas droit au salaire s'il est obligatoirement assuré auprès de la caisse nationale et si l'employeur a payé les primes dont il est tenu.

al. 3 : Il en est de même dans l'assurance volontaire si les prestations assurées sont égales à celles de l'assurance obligatoire et si l'employeur a pris à sa charge et effectivement payé au moins la moitié des primes. Un arrêté de l'Assemblée fédérale règlera le droit au salaire pour le cas où les prestations assurées diffèrent de celles prévues aux articles 72 et suivants. »

L'assurance-accidents volontaire auprès de la CNA n'a jamais été introduite, de telle sorte que l'alinéa 3 de l'art. 130 LAMA est resté lettre morte. En conséquence, l'art. 130 LAMA vise deux cas : l'affiliation du travailleur à une caisse reconnue d'assurance en cas de maladie et l'assurance-accidents obligatoire auprès de la CNA.

[50] Art. 6, chiffre 2 des dispositions finales et transitoires de la LF du 25 juin 1971.

a) L'existence d'une assurance-maladie conclue auprès d'une caisse reconnue d'assurance ne libérait pas l'employeur de l'obligation de payer le salaire. Il était seulement autorisé à déduire du salaire dû les prestations versées par la caisse au travailleur, dans la mesure où il avait participé pour moitié au moins au paiement des primes d'assurance. Il en résultait que le travailleur bénéficiait du plein salaire pendant le temps relativement court de l'art. 335 CO et des indemnités journalières d'assurance au-delà de cette période. Il ne subissait donc aucun préjudice du fait du délai d'attente de l'art. 13, al. 2 LAMA et la part du salaire non couverte par les prestations d'assurance lui était versée par l'employeur pendant un temps relativement court.

Il faut relever que le simple fait de l'affiliation du travailleur à une caisse-maladie ne libérait pas l'employeur des obligations découlant de l'art. 335 CO. Il était en effet nécessaire que la caisse-maladie versât effectivement ses prestations [51].

Enfin, si l'employeur contribuait pour moins de la moitié au paiement des primes d'assurance, l'art. 335 CO s'appliquait ; l'employeur avait alors la possibilité d'imputer sa part des primes sur le salaire dû au travailleur.

b) A l'inverse de l'assurance-maladie conclue auprès d'une caisse reconnue, l'affiliation du travailleur à la CNA libérait l'employeur de l'obligation de payer le salaire. Cette libération était soumise à la double condition que l'employeur eût payé les primes dont il était tenu et que la CNA eût effectivement versé ses prestations [52].

Vu que l'employeur ne supportait que le financement des accidents professionnels [53], conformément à l'art. 108, al. 1 LAMA, la question se posait de savoir si la libération de l'employeur valait également pour les accidents non professionnels, dont la prime est versée intégralement par le travailleur en vertu du second alinéa de ce même article 108 LAMA. Nous nous contentons présentement de mentionner ce point particulier puisque nous lui consacrerons plusieurs pages dans notre partie relative à l'étude de l'art. 324 b CO revisé [54].

[51] Voir à ce propos : RSJ 35, n° 5, p. 10, RSJ 61, n° 165, p. 341 et JT 1969, III, pp. 118 ss.

[52] La nécessité de cette seconde condition n'était pas unanimement reconnue par la jurisprudence ; voir sur ce point DTA, vol. 3, pp. 114 ss ; *contra* : RSJ 33, p. 347 et 48, p. 364.

[53] Auxquels l'art. 68 LAMA assimile les maladies professionnelles.

[54] Voir *infra*, quatrième partie, pp. 118 à 120, 152 et 153.

Depuis l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions du CO, le contenu de l'art. 130, al. 1 LAMA a été remplacé par la réglementation de l'art. 324 a, al. 4 CO revisé, qui régit notamment les rapports entre les prestations dues par l'employeur et celles des assurances-maladie, qu'elles soient contractées auprès d'une caisse reconnue ou d'une compagnie privée d'assurance. En outre, l'objet de l'art. 130, al. 2 LAMA est inclus dans la disposition de l'art. 324 b CO revisé relatif au droit du travailleur au salaire en cas d'assurance obligatoire à teneur d'une disposition légale.

Chapitre VI

LE CARACTERE IMPERATIF OU DISPOSITIF DE L'ART. 335 CO

La question de savoir si l'art. 335 CO était impératif ou dispositif fut âprement discutée ; certains auteurs voyaient dans cette disposition une règle d'ordre public destinée à protéger la partie la plus faible au contrat, soit le travailleur [55] ; d'autres, au contraire, soutenaient que l'art. 335 CO pouvait être remplacé par voie d'accord entre parties [56]. Il fut question, lors de la revision de l'art. 341 du CO de 1881, de faire du nouvel article une disposition d'ordre public ; pour les raisons déjà énoncées [57], les Chambres fédérales n'en firent rien, sans pour autant que la question fût réglée.

Il fut toutefois unanimement admis que l'art. 335 CO pouvait être remplacé, dans certains cas, par l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance, les obligations de l'employeur étant alors de participer au paiement des primes. Mais l'antagonisme renaissait lorsqu'il s'agissait de définir les modalités d'un tel système.

Pour les auteurs convaincus de la nature dispositive de l'art. 335 CO, la seule condition de validité du régime d'assurance était que l'employeur payât la moitié des primes d'assurance. Ce versement suffisait à libérer l'employeur de ses obligations découlant de l'art. 335 CO [58], même si le travailleur ne recevait aucune prestation d'assurance [59]. A

[55] Citons ROSSEL, *op. cit.* p. 416, BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 107, KATZ, *op. cit.* pp. 161 ss, PFLUGER, *op. cit.* pp. 319 ss, SCHWEINGRUBER (1), *op. cit.* p. 64.

[56] Parmi eux OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit., ad* art. 335 CO, n° 27, p. 1263, SONTHEIM, *op. cit.* pp. 46 et 47, SCHWARTZ, *op. cit.* p. 62, MEYER, *op. cit.* p. 51, SCHNEEBERGER, *op. cit* pp. 68 ss.

[57] Voir *supra*, chapitre 1, pp. 17 et 18.

[58] DTA, vol. 1, p. 82.

[59] RSJ 46, n° 105, pp. 332 et 333.

leurs yeux, le travailleur était aussi bien protégé, si ce n'est mieux, puisqu'il recevait une indemnité pour perte de salaire même si l'empêchement de travailler se prolongeait au-delà du temps relativement court de l'art. 335 CO.

Les auteurs persuadés de la nature impérative de l'art. 335 CO estimaient que la condition de validité d'un régime conventionnel dérogatoire instituant un système d'assurance était que, dans l'ensemble, le régime d'assurance n'imposât pas moins de charges à l'employeur et n'apportât pas moins d'avantages au travailleur [60]. Il résultait notamment de cette interprétation que l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance ne libérait pas l'employeur de l'obligation de verser le salaire pendant le délai d'attente, ni de payer la part du salaire non couverte par les indemnités journalières d'assurance. Dans ces conditions, l'employeur était tenu de payer le salaire dès le premier jour de l'empêchement. Pendant le temps relativement court de l'art. 335 CO, il versait la différence entre le salaire complet du travailleur et les prestations d'assurance ; au-delà de cette période, le travailleur devait se contenter des indemnités journalières pour perte de salaire.

Le Tribunal fédéral s'est prononcé à ce sujet dans un arrêt du 20 mai 1970 [61] ; il a admis que la règle de l'art. 335 CO était de droit impératif, en reconnaissant cependant qu'il était loisible aux parties de convenir d'une réglementation différente, pourvu que le travailleur bénéficiât de prestations équivalentes à celles du régime légal. A propos de cette notion d'équivalence, le Tribunal fédéral a estimé que, d'une façon toute générale, et sous réserve d'une approximation nuancée dans les cas d'espèce, une assurance garantissant des indemnités journalières égales à soixante pour-cent du salaire pendant un an pouvait être considérée comme l'équivalent du salaire payé pour un temps relativement court selon l'art. 335 CO. Le Tribunal fédéral a laissé entendre que cette solution n'était pas absolue mais qu'il fallait comparer dans chaque cas d'espèce le régime légal et le régime conventionnel, en tenant compte de toutes les circonstances particulières [62].

[60] Voir DTA, vol. 7, p. 92, vol. 8, p. 34 et vol. 10, p. 9. Il faudrait encore ajouter : « ... à la condition que le travailleur fût assurable ». Voir également *infra*, cinquième partie, pp. 213 à 215.

[61] RO 96, II, pp. 133 ss. Voir la critique de cet arrêt *infra*, cinquième partie, pp. 231 ss.

[62] Par exemple le niveau du salaire de l'intéressé et la contribution de l'employeur au paiement de la prime d'assurance.

En résumé, l'opinion dominante, à la veille de la revision du 25 juin 1971, était de considérer l'art. 335 CO comme une disposition de nature relativement impérative, à laquelle les parties pouvaient déroger à condition que les prestations reçues par le travailleur fussent au moins équivalentes à celles que lui garantissait la loi [63]. L'art. 324 a, al. 4 CO revisé prévoit expressément la possibilité d'un accord dérogatoire entre parties. Il soulève une difficulté d'application pratique importante, qui est de définir la notion d'équivalence entre les prestations conventionnelles et les prestations légales. Cette question fera l'objet de longs développements dans la suite de notre travail [64].

[63] L'art. 362 CO revisé reflète cette opinion en rangeant les art. 324 a et b CO revisé parmi les dispositions relativement impératives du titre X nouveau.

[64] Voir *infra*, cinquième partie, pp. 220 ss.

Deuxième partie

Les conditions du droit au salaire

Chapitre premier

LES MOTIFS D'EMPECHEMENT DE TRAVAILLER

§ 1. Introduction

Nous l'avons vu [1], les articles 324 a et b CO constituent des exceptions au principe selon lequel le salaire n'est versé qu'en échange des prestations de service, c'est-à-dire de l'accomplissement du travail. Ces dispositions d'exception ne doivent donc s'appliquer que restrictivement, dans un certain nombre de cas bien délimités.

Les conditions d'octroi du salaire aux travailleurs empêchés de fournir leur prestation touchent à la fois aux motifs de l'empêchement de travailler, au comportement du travailleur lors de la survenance de ce motif ainsi qu'à la durée des rapports de service jusqu'à l'interruption du travail.

Nous consacrerons ce chapitre à l'étude des différentes causes d'empêchements de travailler, en supposant réunies les autres conditions d'application mentionnées ci-dessus, savoir l'absence de faute du travailleur [2] et l'existence d'un contrat de travail conclu pour plus de trois mois ou qui a duré plus de trois mois [3].

Parmi ces motifs, l'ancien article 335 CO ne mentionnait que la maladie, le service militaire et les causes analogues. C'est une interprétation extensive de cette notion de cause analogue qui a permis d'admettre un nombre beaucoup plus grand de motifs d'empêchement, dont certains ne présentaient plus guère d'analogie avec la maladie ou le ser-

[1] *Supra*, p. 11.

[2] L'étude de la faute du travailleur fera l'objet du chapitre 2, *infra*, pp. 63 ss.

[3] Voir ci-dessous, chapitre 3, pp. 79 à 81.

vice militaire. Le besoin s'est donc fait sentir, au moment de la revision du titre dixième CO, d'élargir le cercle des motifs d'empêchement de travailler. A cet effet, le Conseil fédéral introduisit dans son projet [4] la disposition suivante : « Lorsque le travailleur est empêché de travailler sans sa faute pour cause de maladie, d'accident ou pour d'autres raisons, l'employeur lui verse pour un temps limité etc. » [5] La première innovation par rapport à l'ancien article 335 CO résidait en ceci que l'accident était expressément mentionné dans le texte de la loi [6]. La seconde portait sur le remplacement de l'expression « causes analogues » par celle d'« autres raisons » ; elle trahissait une volonté d'étendre le champ d'application de cet article en augmentant le nombre des motifs d'empêchement de travailler justifiant le paiement du salaire. La formule utilisée par le Conseil fédéral présentait cependant, aux yeux de certains députés aux Chambres fédérales, le défaut d'une trop grande imprécision. Désireux d'accroître les droits des travailleurs [7], ils proposèrent une description plus précise des motifs d'empêchement. Elaborée au sein de la commission du Conseil national et adoptée par les deux Chambres, la version définitive du texte de loi donne une définition générale des causes d'empêchement de travailler, suivie d'une liste exemplaire. Elle stipule en effet : « Si le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour des causes inhérentes à sa personne, telle que maladie, accident, accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur lui verse le salaire pour un temps limité etc. »

A cette liste, il faut ajouter la grossesse et l'accouchement auxquels le législateur a consacré l'alinéa 3 de l'article 324 a : « En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations ».

Si l'accident figure maintenant dans la loi, le service militaire n'y est plus mentionné *expressis verbis* ; il faut cependant considérer qu'il est englobé dans l'expression générale d'« obligation légale » ; en tout

[4] Voir le message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la revision des titres dixième et dixième bis CO du 25 août 1967, FF 1967, II, pp. 249 ss.

[5] FF 1967, II, p. 446.

[6] Voir *supra*, première partie, p. 25.

[7] Nous verrons au paragraphe 4 de ce chapitre qu'une trop grande précision dans le texte de la loi peut aller, en fait, à l'encontre des intérêts des travailleurs (*infra*, pp. 51 à 53).

état de cause, le paiement du salaire au travailleur absent pour cause de service militaire est réglé par l'article 324 b CO, puisque chaque citoyen appelé sous les drapeaux est assuré obligatoirement contre la perte de salaire ou de gain [8].

Rappelons encore que tout motif d'empêchement, pour être admis au regard de l'art. 324 a CO, doit être inhérent à la personne du travailleur. Les motifs d'empêchement objectifs doivent donc être écartés du champ d'application de cette disposition [9].

§ 2. La maladie et l'accident

Aucun autre motif d'empêchement de travailler ne répond mieux à la condition générale mentionnée ci-dessus que la maladie et l'accident puisque tous deux entravent le fonctionnement normal du corps humain ou de ses organes. Nous ne nous étendrons pas sur la définition de la maladie et de l'accident ; de tels développements dépasseraient le cadre de notre travail. Nous nous contenterons de rappeler brièvement celle qu'a donné de l'accident le Tribunal fédéral des assurances dans une jurisprudence constante [10]. L'accident est « une atteinte dommageable, soudaine et involontaire portée au corps humain par une cause extérieure plus ou moins exceptionnelle ». Il est plus difficile de donner une définition satisfaisante de la maladie. L'exigence d'une définition stricte est d'ailleurs beaucoup moins importante dans le cas qui nous occupe qu'en matière d'assurance puisque l'employeur répond, en vertu de l'art. 324 a CO, dans les deux cas [11]. Le Tribunal fédéral des assurances a tenté de définir la maladie par opposition à l'accident [12]. Il a également fait appel à une sorte de notion résiduelle de la maladie ; il considère alors comme maladie toute atteinte dommageable à la santé physique ou psychique qui n'est pas due à un accident ou à ses conséquences directes [13]. Pour notre compte, nous considérons la maladie comme une perturbation de la santé physique

[8] Voir cependant *infra*, p. 53.

[9] Voir ci-dessous, § 5, section 2, p. 59.

[10] Citons notamment les arrêts suivants : RO 100, V, pp. 76 ss ; RO 99, V, pp. 136 ss ; RO 98, V, pp. 165 ss ; RO 97, V, pp. 1 ss ; ATFA 1969, pp. 24 et 25 ; ATFA 1966, pp. 137 ss ; ATFA 1964, pp. 65 ss ; ATFA 1963, pp. 165 ss.

[11] Voir à ce sujet *infra*, quatrième partie, p. 160, *lit.* D.

[12] RJAM n° 98.

[13] RO 97, V, p. 2 = RJAM n° 91.

ou psychique du corps humain, due à des causes pathologiques qui ne sont pas les conséquences d'un accident et qui se manifeste par la perte de la capacité de travailler. Cette perte de la capacité de travail est l'élément le plus important dans le cadre de notre étude : en effet, si l'on peut considérer que la santé est déjà déficiente au moment de la manifestation de certains troubles, nous estimons que l'état maladif ne justifie le versement du salaire que dès l'instant où il entraîne une incapacité totale ou partielle de travailler. Ce n'est qu'à partir du moment où cette conséquence des troubles pathologiques se réalise que le droit au salaire à teneur de l'art 324 a CO prend naissance. A cet égard, relevons que l'état d'incapacité de travail ne suppose pas nécessairement le fait d'être alité : il suffit de penser à une personne empêchée de travailler à la suite d'une fracture de la jambe ou du bras ; de la même façon, de violents maux de dents peuvent empêcher l'accomplissement du travail sans contraindre celui qui en souffre à garder le lit.

La preuve de la maladie doit être établie par certificat médical mentionnant si l'incapacité de travail est totale ou seulement partielle. Les relations entre employeurs et travailleurs, basées sur le principe de la confiance, commandent que l'employeur se satisfasse du certificat fourni par le travailleur. Ce n'est que s'il a de sérieux motifs de mettre en doute le contenu de celui-ci que l'employeur peut exiger un contre-examen par un médecin de son choix [14].

Comme c'était le cas sous le régime de l'ancien article 335 CO [15], il importe peu, au regard de l'art. 324 a CO, que la maladie ait été contractée dans le cadre des activités professionnelles ou en dehors de celles-ci [16]. En ce qui concerne l'accident en revanche, la question de savoir s'il s'est produit ou non pendant le travail est plus importante. Si cette distinction est superflue dans le cadre de l'art. 324 a CO [17], puisque le travailleur a droit au salaire dans les deux cas, il en va différemment en cas d'assurance obligatoire. En effet, la LAMA institue un régime quelque peu différent pour les accidents professionnels et non pro-

[14] Voir dans le même sens DTA, vol. 8, p. 35 et *infra*, troisième partie, p. 111. Voir également BJM 1970, p. 217 et 1974, p. 251, chiffres 4, 5 et 6.

[15] *Supra*, première partie, p. 26.

[16] Il faut cependant rappeler que la LAMA, à son art. 68, assimile les maladies professionnelles aux accidents du travail.

[17] Relevons toutefois que la gravité de la faute du travailleur au sens de l'art. 324 a CO peut être appréciée avec plus ou moins de rigueur selon que l'accident est professionnel ou non ; voir à ce propos *infra*, chapitre 2, pp. 69 et 70.

fessionnels [18]. La Lagr et la LFNM, pour leur part, n'imposent obligatoirement que la couverture des accidents profesionnels [19].

En outre, le travailleur souffrant d'une maladie ou des conséquences d'un accident pendant ses vacances peut faire valoir cette période comme durée d'empêchement payée (au sens de l'art. 324 a CO) et doit avoir la possibilité de reprendre des vacances pour une même durée (rémunérées conformément à l'art. 329 d, al. 1 CO) [20]. En effet, les vacances sont devenues à notre époque une impérieuse nécessité et le travailleur malchanceux qui tombe malade pendant cette période doit tout de même pouvoir jouir de son droit au repos [21]. Si l'on veut respecter le but que visent les vacances, il faut s'assurer que le travailleur en bénéficie effectivement pour la durée pendant laquelle il a été malade. Ce but nous paraîtrait manqué dans le cas d'un travailleur qui recevrait son salaire à raison de l'art. 324 a CO pendant sa maladie ainsi qu'une indemnité pour la période de vacances à laquelle il aurait droit. Une telle solution ne serait pas contraire à l'art. 324 a CO mais irait à l'encontre de l'art. 329 d, al. 2 CO [22].

Dès lors que le travailleur est empêché de travailler pour cause d'accident ou de maladie, l'employeur est tenu de verser le salaire complet pour un temps limité. Il peut réduire le salaire en cas d'empêchement fautif du travailleur [23], mais il n'est pas autorisé à le faire pour le motif que la maladie est due à une prédisposition du travailleur ou à son âge avancé [24]. Un travailleur atteint de troubles qui se manifestent régulièrement et l'empêchent fréquemment de travailler peut donc rencontrer certaines difficultés à conserver un emploi stable. En effet, il se

[18] Nous examinerons les conséquences de cette distinction dans notre étude de l'art. 324 b CO, *infra*, quatrième partie, notamment pp. 117 à 120, 125 à 128, 152 et 153, 162 à 164.

[19] Voir *infra*, quatrième partie, pp. 166 et 167.

[20] DTA, vol. 11, p. 100 : « le travailleur qui tombe malade pendant ses vacances et l'établit par attestation médicale peut à nouveau exiger des vacances jusqu'à concurrence de celles que son incapacité de travail lui a fait perdre. » Voir aussi DTA, vol. 6, n° 48, p. 109.

[21] TSCHUDI, *op. cit.* pp. 148 ss.

[22] Bien qu'absolument impérative, cette disposition est dépourvue de sanction si les deux parties s'accordent pour remplacer le droit aux vacances par une prestation en argent. Voir SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.* p. 182.

[23] Voir *infra*, chapitre 2, notamment pp. 68 ss.

[24] Voir dans ce sens un arrêt rendu le 24 juin 1946 par le tribunal de prud'hommes de la ville de Bâle et paru dans « *Jahresbericht des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel-Stadt* » 1946, cité par SONTHEIM, *op. cit.* p. 32.

peut que l'employeur soit contrarié par les nombreuses absences du travailleur en question et qu'il préfère s'en séparer plutôt que de devoir lui verser le salaire pendant ses empêchements de travailler. L'affiliation du travailleur à une institution d'assurance n'apporte guère de remède à une telle situation car les caisses-maladie et les compagnies privées d'assurance ont coutume d'exclure de leur couverture les maladies en cours et les maladies récidivantes [25]. Dès lors que l'assureur institue une réserve et que les indemnités journalières d'assurance ne sont pas versées, l'employeur est tenu de payer le salaire conformément à l'art. 324 a CO [26]. Il semble donc que seul un accord entre parties permette d'aboutir à une solution satisfaisante. Cet accord doit prévoir que le travailleur renonce à exiger son salaire à teneur de l'art. 324 a CO dans certaines circonstances précises. La question se pose de savoir si une telle renonciation est licite. En effet, aux termes de l'art. 341, al. 1 CO, « le travailleur ne peut pas renoncer, pendant la durée du contrat et durant le mois qui suit la fin de celui-ci, aux créances résultant de dispositions impératives de la loi ou d'une convention collective ». Or l'art. 324 a CO figure dans l'énumération des dispositions relativement impératives de l'art. 362 CO, auxquelles l'art. 341, al. 1 CO s'applique [27]. Il semble donc, à première vue, que la renonciation du travailleur à son droit au salaire soit nulle si elle intervient pendant la durée des rapports de travail. Nous relèverons cependant que la disposition de l'art 341, al. 1 CO s'applique principalement aux cas de renonciations unilatérales du travailleur, qui sont obtenues en exploitant son inexpérience ou sa dépendance à l'égard de l'employeur. Au contraire, la renonciation dont nous préconisons ici la licéité doit faire l'objet d'un accord entre parties qui soit dans l'intérêt du travailleur. L'employeur s'engage à garder le travailleur à son service malgré ses fréquentes absences ; pour sa part, le travailleur renonce à son droit au salaire pour les cas d'empêchements dus à la maladie à laquelle il est prédisposé. L'avantage du travailleur réside donc en ceci qu'il peut conserver un emploi stable malgré ses absences répétées. A notre sens, une telle renonciation doit faire l'objet d'un accord écrit mentionnant clairement les conséquences qu'elle entraîne pour le tra-

[25] Art. 5, al. 3 LAMA et art. 4 LCA.

[26] Voir *infra*, cinquième partie, notamment pp. 213 ss et 228 à 230.

[27] SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.* p. 315.

vailleur. L'employeur doit prendre la précaution de préciser dans l'accord que la renonciation est intervenue à la demande du travailleur et que ce dernier reconnaît qu'elle est dans son intérêt.

En tout état de cause, aucune sanction n'est possible en matière de droit privé lorsque les parties s'entendent pour détourner une disposition impérative de la loi. Une contestation peut cependant s'élever en cas de litige et l'employeur s'expose à devoir verser le salaire s'il n'a pas pris toutes les précautions utiles. Le travailleur, pour sa part, commettrait un abus de droit s'il réclamait son salaire après y avoir expressément renoncé parce qu'il croyait y trouver son avantage et après avoir été renseigné sur les conséquences de sa renonciation.

§ 3. La grossesse et l'accouchement

Sous l'empire de l'art. 335 CO ancien, la grossesse et l'accouchement n'étaient pas unanimement admis au titre des « causes analogues » à la maladie [28]. Si l'assimilation de la grossesse à une maladie pouvait paraître quelque peu choquante (la LAMA elle-même assimile en son art. 14 l'accouchement à la maladie), au moins avait-elle des conséquences favorables pour la travailleuse puisqu'elle lui permettait de bénéficier du paiement de son salaire comme en cas de maladie.

Sans l'assimiler à la maladie, l'art. 324 a CO en fait un motif d'empêchement de travailler distinct des autres puisqu'il fait l'objet de l'alinéa 3 qui stipule : « En cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations ».

L'insertion de la grossesse et de l'accouchement dans les motifs d'empêchement justifiant le paiement du salaire a été recommandée par de nombreux milieux économiques et politiques [29], sans toutefois emporter l'adhésion des groupements d'employeurs. Ceux-ci en effet désiraient subordonner l'obligation de verser le salaire en cas d'accouchement à un délai de carence de neuf mois dès l'engagement de la travailleuse ; ce délai de neuf mois était inspiré de l'art. 14 LAMA, qui prévoit un délai de 270 jours. Une telle restriction était motivée par

[28] Voir *supra*, première partie, p. 25.

[29] Le message du Conseil fédéral cite l'Office fédéral des assurances sociales, les cantons, les partis politiques, les groupements de salariés et les associations féminines (FF 1967, II, p. 340).

la crainte que certaines travailleuses ne se fassent engager dans le seul but de recevoir un salaire lors de l'accouchement. Elle ne fut pas retenue dans le projet du Conseil fédéral et fut écartée au sein de la commission du Conseil national qui dut se prononcer sur une proposition analogue.

Le Conseil fédéral s'était refusé à introduire ce délai parce que, aux termes de l'art. 336 e, al. 1, *lit.* c de son projet [30], le congé signifié au cours de la première année de travail à une employée enceinte n'était pas considéré comme résiliation en temps inopportun. Les Chambres fédérales, suivant en cela la commission du Conseil national, adoptèrent, en ce qui concerne la résiliation en temps inopportun, un texte différent de celui du projet. Ce texte, qui est celui de l'actuel article 336 e, al. 1, *lit.* c CO stipule : « Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat au cours des huit semaines qui précèdent ou suivent l'accouchement d'une travailleuse [31] ». La garantie qu'offrait le message du Conseil fédéral aux employeurs [32] est donc diminuée dans la version définitive de cet article.

La commission du Conseil national a refusé d'introduire ce délai de neuf mois pour des considérations d'ordre très général ; elle a estimé dans sa majorité que les employeurs qui prenaient des femmes à leur service avaient des engagements moraux envers elles et qu'il était préférable d'adopter une législation qui s'inscrivît dans l'évolution moderne de la protection de la femme plutôt que d'adopter un texte rétrograde dans le seul but d'éviter certains abus qui ne devaient pas être bien fréquents.

La disposition de l'alinéa 3 de l'art 324 a CO nous amène à faire deux remarques. La première, c'est que la grossesse ne doit pas être nécessairement suivie de l'accouchement pour être admise comme motif d'empêchement ; il suffit de songer à une femme enceinte qui ferait une fausse-couche ; toute absence de la travailleuse due à son état de grossesse justifie le paiement de son salaire par l'employeur. Du moment

[30] FF 1967, II, p. 455.

[31] Pour éviter toute ambiguïté, il eût été préférable, au point de vue rédactionnel, d'adopter le texte suivant : « ... au cours des huit semaines qui précèdent ET des huit semaines qui suivent l'accouchement d'une travailleuse ». Cette inexactitude provient d'une erreur de traduction du texte allemand qui dispose : « ... *in den acht Wochen vor und nach der Niederkunft einer Arbeitnehmerin...* ». Voir également *infra*, troisième partie, p. 109, note 72.

[32] FF 1967, II, p. 340.

que l'accouchement implique inévitablement un état de grossesse, il n'était pas indispensable, à notre avis, de le mentionner dans la loi. La seconde remarque, plus importante, a trait à la portée de cet alinéa 3, plus précisément aux conséquences que peut entraîner la mention de la grossesse dans un alinéa distinct. Lorsque la loi prescrit qu'en cas de grossesse et d'accouchement de la travailleuse, l'employeur a les mêmes obligations, elle peut vouloir signifier soit que la grossesse est simplement prévue au rang des motifs d'empêchement de l'alinéa 1, et qu'en conséquence une travailleuse qui aurait déjà reçu son salaire pour un temps limité, en raison d'une maladie ou d'un accident, ne pourrait pas le réclamer à nouveau en cas de grossesse [33], soit que cette dernière, indépendamment des autres motifs d'empêchement, justifie toujours le paiement du salaire. Ainsi, dans cette seconde hypothèse, une femme qui, au cours de la première année de service, s'absenterait de son travail pour cause de maladie puis, ultérieurement, en raison d'une grossesse, aurait droit à six semaines de salaire. Cette interprétation a des conséquences très lourdes pour les employeurs [34] ; cependant, en l'absence de jurisprudence connue, il n'est pas possible de l'écarter. D'un strict point de vue juridique, elle nous semble même préférable à la première. En effet, formellement, la grossesse fait l'objet d'un alinéa distinct de celui mentionnant les autres motifs d'empêchement ; si ce troisième alinéa n'a pas pour but de permettre le cumul du droit au salaire en cas de grossesse et d'autres empêchements au sens de l'alinéa 1, il convient alors d'en rechercher la *ratio legis*. A la différence de l'alinéa 1, l'alinéa 3 ne fait pas mention de faute de la part de la travailleuse ; faut-il en déduire que la portée de l'alinéa 3 de l'art. 324 a CO est d'accorder le salaire aux travailleuses absentes pour cause de grossesse indépendamment de toute faute, c'est-à-dire d'exclure la notion de grossesse « fautive » ? Nous verrons en étudiant la notion de faute [35] que la grossesse ne saurait être fautive au sens de l'art. 324 a CO, même si le législateur l'avait simplement ajoutée à la liste exemplaire de l'alinéa 1 et que par conséquent l'alinéa 3 serait superflu si sa portée était limitée de la sorte.

[33] C'est l'opinion de Jacqueline FISCHER, *op. cit.* p. 68.

[34] Après cinq années de travail, une travailleuse aurait droit à trois mois de salaire en cas de maladie, par exemple (selon l'échelle bernoise), ainsi qu'au salaire d'une même durée si son état de grossesse le nécessitait.

[35] *Infra*, chapitre 2, pp. 75 à 78.

D'un point de vue matériel, il convient d'examiner si un cumul peut se justifier ; il nous semble logique de considérer que le législateur a fait de la grossesse un motif distinct du fait qu'elle n'est inhérente qu'à la personne d'une certaine catégorie de travailleurs, les femmes. Comme la loi a pour but d'accorder le salaire à tous les travailleurs éloignés temporairement de leur travail pour cause de maladie, d'accident, ou pour d'autres motifs qui leur sont inhérents, on peut estimer qu'elle manquerait son but si les femmes étaient privées de leur salaire dans de telles circonstances parce qu'elles l'auraient déjà reçu pour un temps limité à l'occasion d'une grossesse. Ce raisonnement procède du principe de l'égalité de traitement entre travailleurs et travailleuses [36] ; on peut objecter, il est vrai, que le service militaire est lui aussi particulier à une catégorie de travailleurs et que le cumul n'est pas prévu avec les autres motifs d'empêchement ; il faut cependant souligner que le service militaire est soumis à un régime spécial. En effet, nous verrons que l'obligation patronale de payer le salaire à teneur de l'art. 324 a CO est extrêmement restreinte dans le cas du service militaire [37]. Ce dernier relève principalement de l'art. 324 b CO, disposition qui libère l'employeur lorsque les allocations pour perte de gain couvrent les quatre cinquièmes du salaire du travailleur.

L'objection est toutefois justifiée lorsque l'employeur doit compléter les allocations [38] ; l'application du principe de l'égalité de traitement exigerait que les prestations de l'employeur à titre de complément aux allocations pour perte de gain ne vinssent pas en déduction du salaire dû à raison d'un autre motif d'empêchement. C'est la raison pour laquelle nous préconisons, dans notre étude du régime des allocations pour perte de gain [39], l'augmentation desdites allocations afin que les travailleurs puissent bénéficier intégralement de leur droit au salaire dans les cas de maladie, d'accident ou d'autres motifs inhérents à leur personne.

[36] Il faut cependant se garder de penser qu'un cumul du droit au salaire constitue un avantage décisif pour les travailleuses ; il pourrait au contraire inciter certains employeurs à se passer de personnel féminin si l'engagement de travailleuses se traduisait pour eux par un accroissement excessif de charges.

[37] *Infra*, § 4, p. 53.

[38] Elle n'explique pas pour autant les raisons pour lesquelles la grossesse fait l'objet d'une disposition séparée.

[39] Voir *infra*, quatrième partie, pp. 195 et 196.

En tout état de cause, il appartiendra à la jurisprudence de dégager l'intention du législateur. En donnant notre préférence à la thèse consistant à permettre un cumul du droit au salaire de la travailleuse empêchée pour cause de grossesse avec les prestations de l'employeur pour l'un des motifs de l'art 324 a, al. 1 CO, nous avons le sentiment de choisir l'interprétation la plus conforme à l'ordonnance de l'art 324 a CO et la plus fidèle au texte de la loi. Nous reviendrons sur ce problème dans le chapitre consacré à la faute du travailleur [40].

§ 4. L'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique

Section 1 : *Historique*

Il peut paraître surprenant que l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique figure, dans l'énumération de l'art. 324 a CO, aux côtés de la maladie et de l'accident. S'il faut bien admettre que ce sont des motifs d'empêchement de travailler personnels eux aussi, ils sont bien différents de la maladie ou de l'accident ; ils s'en distinguent notamment par leur caractère prévisible ; en outre, l'accomplissement d'une fonction publique n'est jamais imposée au travailleur.

Pour mieux comprendre l'ordonnance de l'art. 324 a CO, il convient de se pencher sur sa genèse.

Le projet du Conseil fédéral, nous l'avons vu [41], avait adopté une formule très générale : « Lorsque le travailleur est empêché de travailler pour cause de maladie, d'accident ou pour d'autres raisons... ». Le Conseil fédéral estimait qu'il n'était pas nécessaire d'énoncer trop de motifs particuliers d'empêchement de travailler car la loi devait rester générale. C'est la commission du Conseil national qui opta pour un texte plus précis. Le conseiller national Muheim présenta une proposition qui fut plusieurs fois remaniée pour constituer le texte définitif tel que nous

[40] Voir *infra*, chapitre 2, pp. 76 à 78.

[41] *Supra*, p. 42.

le connaissons [42]. Dans son esprit, il fallait distinguer deux groupes de motifs d'empêchement de travailler : d'une part des motifs inhérents à la personne des travailleurs, comme la maladie et l'accident, et d'autre part des motifs que la jurisprudence devait préciser et qui comprenaient notamment l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique. Cette intention ressort clairement à la lecture des deux dernières versions de sa proposition, qui avaient la teneur suivante :

— 2e version : « Lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour cause de maladie, d'accident ou pour d'autres motifs inhérents à sa personne ou à ses proches [43], ou en raison de l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur... »

— 3e version : « Lorsque le travailleur est empêché de travailler sans faute de sa part pour cause de maladie, d'accident ou pour d'autres motifs, notamment en raison de l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, l'employeur... »

Sur la recommandation du professeur Hug [44], sans doute soucieux d'opposer les motifs inhérents à la personne des travailleurs aux faits objectifs, l'auteur de cette proposition accepta de ranger l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique parmi les motifs inhérents à la personne, et la quatrième et dernière version de sa proposition a été acceptée par la majorité des membres de la commission, de même que par la majorité des deux Chambres ; elle correspondait au texte actuel de la loi.

Du moment que la commission du Conseil national avait décidé d'opter pour une formulation casuistique (bien qu'une loi trop exhaustive puisse restreindre la liberté d'appréciation des tribunaux), nous aurions donné notre préférence à la troisième version de la proposition Muheim, qui présentait l'avantage de bien distinguer les motifs d'empêchement différents de par leur nature, de laisser le champ libre à la

[42] Sa proposition fut discutée lors de la troisième séance de la commission du Conseil national, tenue à Lenzbourg, les 8 et 9 avril 1968.

[43] Nous étudierons le cas des motifs inhérents aux proches dans le paragraphe suivant, pp. 58 et 59.

[44] Auteur du projet du Conseil fédéral.

jurisprudence dans l'interprétation des « autres motifs » et de mentionner l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique à titre exemplaire.

Section 2 : *Application pratique*

Sous-section 1 : *l'accomplissement d'une obligation légale*

Le premier exemple d'obligation légale qui vient à l'esprit est le service militaire. Depuis 1952, l'obligation de l'employeur de payer le salaire d'un travailleur appelé sous les drapeaux était réglée par l'article 32 de la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations aux militaires pour perte de gain ; cette loi déclarait l'art. 335 CO ancien inapplicable aux militaires qui avaient droit aux allocations pour perte de gain. Cet article 32 LAPG a été abrogé par l'article 6, chiffre 8 des dispositions finales et transitoires de la loi fédérale revisant les titres dix et dix bis CO, puisque désormais c'est l'art. 324 b CO qui règle le cas de toutes les assurances auxquelles les travailleurs sont affiliés obligatoirement de par la loi. Toutefois, conformément à l'art. 1 LAPG, les militaires n'ont droit à une allocation que pour les jours de service soldés ; l'obligation patronale de verser le salaire existe donc dans les cas où le travailleur doit accomplir un service militaire non soldé ; c'est le cas pour les inspections annuelles d'armes et d'équipement [45].

L'article 47 de la loi fédérale sur la protection civile du 23 mars 1962 met les personnes astreintes à ce service au bénéfice des dispositions sur les allocations pour perte de gain des militaires ; ce cas est donc réglé lui aussi par l'art. 324 b CO.

A côté du service militaire et du service de protection civile, sont notamment considérées comme obligations légales au sens de l'art. 324 a CO : le témoignage en justice, la participation à un jury, le service dans un corps de pompiers [46], les cours professionnels obligatoires pour les

[45] Art. 9 de la LF sur l'organisation militaire de la Confédération suisse, du 12 avril 1907.

[46] Il est fréquent que cette obligation puisse être remplacée par le paiement d'une taxe.

jeunes travailleurs qui ne suivent pas un apprentissage, l'obligation de fonctionner dans un bureau électoral, d'accepter une nomination comme tuteur ou curateur [47].

Sous-section 2 : *l'accomplissement d'une fonction publique*

Contrairement aux activités énoncées dans la sous-section précédente, celles que requiert l'accomplissement d'une fonction publique ne sont jamais obligatoires. A première vue, il peut paraître normal que celui qui accepte d'assumer une fonction publique en supporte les conséquences économiques. Cependant, un tel point de vue risquerait d'aggraver la pénurie de personnes compétentes au sein de nos autorités, à un moment où la complexité des problèmes à résoudre exige pour un nombre toujours plus grand de fonctions une formation de spécialiste.

S'il paraît donc opportun d'indemniser la perte de gain occasionnée par l'accomplissement d'une fonction publique, on peut se demander s'il est souhaitable de le faire par le canal du CO, et s'il est normal que ce soit l'employeur qui supporte cette charge.

Il faut remarquer que sous l'empire de l'ancien article 335 CO, les séances des autorités politiques (particulièrement celles des autorités communales et de leurs commissions) se tenaient d'ordinaire en dehors des heures de travail. On peut penser qu'elles se tiendront dorénavant plus fréquemment au cours des heures de travail puisqu'elles devront être rémunérées par l'employeur. Ces derniers seront peut-être enclins à freiner l'ardeur de leurs employés à l'accomplissement de tâches publiques. Comme le problème du recrutement de personnes qualifiées est déjà aigu, peut-être serait-il bon de prévoir un système de dédommagement différent, qui s'inspirerait de celui aménagé pour le service militaire puisqu'en fin de compte ces personnes rendent aussi un service à la communauté.

Les fonctions publiques sont aussi nombreuses que diverses ; citons à titre d'exemples l'appartenance aux autorités législatives et exécutives (lorsqu'il ne s'agit pas de postes requérant une activité à temps complet) aux échelons communal, cantonal et fédéral, aux autorités législatives et exécutives des Eglises officielles, aux différentes commissions perma-

[47] Message du Conseil fédéral, FF 1967, II, pp. 340 et 341.

nentes ou temporaires nommées par ces autorités, ou encore la fonction de juge non professionnel dans les tribunaux ordinaires ou dans les tribunaux de prud'hommes.

Section 3 : *Les obligations de l'employeur*

L'art. 324 a CO impose à l'employeur l'obligation de verser le salaire aux travailleurs occupés pendant les heures de travail à l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique.

Ce principe a l'avantage certain de mettre sur un pied d'égalité les salariés au mois et les salariés à l'heure, à la journée ou à la pièce. Jusqu'ici en effet, les premiers recevaient généralement leur salaire complet en fin de mois, en cas d'absence relativement courte, alors que les seconds n'étaient pas payés pendant cette absence. Dorénavant, le travailleur payé à l'heure, obligé de quitter son travail pour une inspection d'armes et d'équipement militaire, par exemple, a droit au salaire qu'il aurait reçu s'il avait pu effectuer son travail.

Cette obligation de l'employeur de verser le salaire ne saurait être absolue, en raison de l'extrême variété des fonctions publiques, particulièrement quant à l'étendue des indemnités auxquelles elles donnent droit et au temps qu'il faut leur consacrer. La diversité des situations qui peuvent se présenter devrait inciter employeurs et travailleurs à régler le problème du paiement du salaire par accord dans le contrat de travail ou par voie de conventions collectives de travail ; ces dernières, qui ne s'appliquent qu'à certaines branches de professions, sont particulièrement utiles pour tenir compte des cas particuliers.

De toute façon, on ne saurait exiger d'un employeur qu'il verse le salaire complet à un travailleur qui est indemnisé pour l'activité qu'il exerce en dehors de son travail ; le cumul des prestations n'est pas possible car l'empêchement du travailleur ne doit pas être une source d'enrichissement [48]. L'employeur n'est donc tenu de verser le salaire que si le travailleur subit une perte de gain effective. Si la plupart des activités accomplies obligatoirement en vertu de la loi ou dans

[48] Voir à ce propos *infra*, troisième partie, pp. 89 ss.

le cadre d'une fonction publique sont indemnisées [49], ces indemnités sont très variables et il est difficile d'en déterminer la nature ; en effet, le versement d'une indemnité globale journalière peut couvrir différents frais (frais de déplacement, de repas) et pas seulement une perte de salaire.

La meilleure solution consiste à trouver un terrain d'entente qui satisfasse aux intérêts des deux parties, ceux de l'employeur à payer un salaire qui soit conforme, dans l'ensemble, au travail fourni, ceux du travailleur à pouvoir remplir une fonction publique ou une obligation légale sans souci d'ordre matériel et sans que sa charge risque de lui coûter son emploi. C'est en dernier ressort l'ensemble de la communauté qui bénéficie d'un tel accord.

[49] Les principales indemnités reçues lors de l'accomplissement d'obligations légales ou de fonctions publiques ont leur source dans les textes suivants :

1) Sur le plan fédéral :
   a) indemnités aux membres du Conseil national, du Conseil des Etats et des commissions des conseils législatifs : indemnité de présence, indemnité de déplacement et de nuitée, indemnité annuelle fixe pour les frais généraux, les dépenses de secrétariat et le travail personnel que requiert la préparation des objets à traiter : LF du 17 mars 1972 sur les indemnités dues aux membres des conseils législatifs et arrêté fédéral relatif à la loi sur les indemnités, du 28 juin 1972.
   b) indemnité journalière et indemnité de déplacement aux membres des commissions extra-parlementaires et des experts : O sur les indemnités versées aux membres des commissions, aux experts et aux personnes chargées d'assumer un autre mandat, du 1er octobre 1973.

2) Sur le plan cantonal, dans le canton de Vaud :
   a) indemnités de présence et de déplacement des députés au Grand Conseil (séance de l'Assemblée proprement dite, séance de bureau ou de commission) : loi du 17 décembre 1947 sur le Grand Conseil, modifiée en dernier lieu par un arrêté du Conseil d'Etat du 16 novembre 1970.
   b) indemnités de présence, de transport et de repas aux membres des commissions nommées par le Conseil d'Etat ou le Tribunal cantonal : arrêté du Conseil d'Etat du 24 février 1961 fixant les indemnités des membres des commissions, modifié en dernier lieu le 11 septembre 1970.
   c) arrêté du 18 avril 1961 fixant les indemnités de séance et de transport aux membres des autorités et des commissions ecclésiastiques. Cet arrêté s'applique aux membres des autorités ecclésiastiques suivantes : synode, conseil synodal, commission de consécration, bureaux d'arrondissement, ainsi qu'aux membres des commissions permanentes ou temporaires nommées par le synode ou le conseil synodal.
   d) instructions du Conseil d'Etat et du Tribunal cantonal sur la rémunération des tuteurs et curateurs : arrêté du 25 mai 1965.
   e) pour ce qui est du témoignage, il faut distinguer les témoins amenés à l'audience par une partie (avec l'accord du juge) de ceux directement cités par le juge. Les premiers ne sont pas indemnisés (assignation à la diligence d'une partie : art. 188, al. 3 CPC) alors que les seconds le sont.
   — en matière pénale, ils sont indemnisés conformément à l'arrêté du

En résumé, à défaut de convention contraire, nous pouvons tirer les conclusions suivantes :

a) Dans l'hypothèse où l'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique n'est pas indemnisé, l'employeur doit payer le salaire complet.

b) Dans l'hypothèse où cette activité est rémunérée, on peut admettre que l'employeur déduise du salaire l'indemnité de séance (indemnité de déplacement, de repas ou de nuitée non comprise) reçue par le travailleur.

Dans tous les cas, il ne doit y avoir ni appauvrissement, ni enrichissement du travailleur.

§ 5. Les autres motifs d'empêchement

Le caractère exemplaire de l'énumération des motifs d'empêchement de travailler nous conduit tout naturellement à rechercher quels pourraient être les autres motifs justifiant le paiement du salaire au travailleur. D'après le texte de la loi, seuls des motifs inhérents à la personne du travailleur peuvent être pris en considération.

Nous nous proposons d'étudier ici quelques cas particuliers qui peuvent retenir le travailleur hors de son travail ; la question se pose de savoir si l'art 324 a CO leur est applicable.

Conseil d'Etat du 24 mars 1972 sur le tarif des frais judiciaires (art. 30).
— en matière civile, l'arrêté du Conseil d'Etat sur le tarif des frais judiciaires civils du 16 juillet 1971 ne prévoit rien en ce qui concerne les témoins, mais l'art. 219, al. 1 CPC prévoit une indemnité par le juge ainsi que le remboursement des frais de transport.
Mentionnons encore l'art. 219, al. 2 CPC qui dispose : « Si la comparution (du témoin) lui a causé une perte de gain et qu'il ait besoin de ce gain pour vivre, il doit être pleinement indemnisé. » Cet alinéa n'est donc pas applicable à un travailleur qui bénéficie de la disposition de l'art. 324 a CO.

3) Sur le plan communal, il va de soi qu'il est impossible d'entrer dans les détails. Nous nous contenterons de signaler, à titre exemplaire, que l'accomplissement des obligations légales ou fonctions publiques suivantes donnent droit à une indemnité : service du feu, fonction dans le cadre des organes législatifs ou exécutifs ainsi que de leurs commissions, fonction dans un bureau électoral.

Le message du Conseil fédéral citait, à titre d'exemples d'« autres raisons » d'empêchement de travailler, certains événements familiaux, tels que le mariage du travailleur, la maladie ou le décès d'un proche parent [50]. (On pourrait ajouter à cette liste la naissance d'un enfant, le mariage d'un proche parent ou le déménagement du travailleur). Les commentateurs de l'ancien art. 335 CO s'accordaient généralement à reconnaître le droit du travailleur au salaire dans les cas de maladie ou de mort d'un proche parent ou d'autres événements d'ordre familial [51].

L'art. 329, al. 3 CO fait obligation à l'employeur d'accorder les heures et jours de congé nécessaires en de telles circonstances. Cette disposition ne règle cependant pas la question du droit au salaire. Dans la pratique, il fait généralement l'objet d'accords entre employeurs et travailleurs ; de nombreuses conventions collectives de travail ont d'ailleurs réglementé dans le détail le cas des congés usuels [52]. Ces réglementations conventionnelles ne se réfèrent cependant pas expressément à la disposition de l'art. 324 a CO (ou à celle de l'ancien art. 335 CO). La question de savoir si le travailleur possède une créance en salaire fondée sur l'art. 324 a CO reste donc ouverte. Pour notre part, nous estimons qu'il est souhaitable d'accorder le salaire aux travailleurs sur la base de cette disposition. Le Conseil fédéral, dans son message, ainsi que la doctrine récente se sont prononcés dans ce sens [53]. En outre, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, dans un arrêt non publié du 28 juin 1966, a reconnu le droit du travailleur au salaire sur la base de l'ancien art. 335 CO dans le cas d'un empêchement de travailler par suite du décès des père et mère de l'intéressé. Enfin, cette solution a pour mérite de placer sur un pied d'égalité les travailleurs payés au mois et les travailleurs payés à la journée ou à l'heure. En effet, les premiers reçoivent généralement leur salaire complet lorsqu'ils ont bénéficié d'un congé usuel au sens de l'art. 329, al. 3 CO

[50] FF 1967, II, p. 341.

[51] OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335, nº 6, p. 1256, KATZ, *op. cit.* p. 134, BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 102, SONTHEIM, *op. cit.* p. 31, MEYER, *op. cit.* pp. 34 et 35. SCHWEINGRUBER (1), *op. cit.* p. 68, fait mention d'événements ou circonstances de famille tels que grossesse, naissance, décès, mariage.

[52] Voir *ad exemplum* SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.* p. 163.

[53] SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.* p. 110, STREIFF, *op. cit.* p. 63, REHBINDER, *op. cit.* p. 57.

et il nous paraît équitable que les seconds jouissent du même régime. La tendance égalitaire, manifestée lors de la procédure de consultaton [54], entre travailleurs dont le mode de rémunération diffère, est ainsi respectée.

Il va de soi que l'application de l'art. 324 a CO ne doit concerner que le principe de l'octroi du salaire, aux conditions requises par cette disposition ; la durée du droit au salaire est déterminée en fonction de l'art. 329, al. 3 CO.

Section 2 : *Les faits objectifs* [55]

Déjà sous l'empire de l'ancien art. 335 CO, la jurisprudence s'était montrée restrictive pour admettre les événements objectifs au rang des motifs d'empêchement justifiant le paiement du salaire [56]. *A fortiori,* ils ne doivent pas être pris en considération dans le cadre de l'art. 324 a CO puisqu'ils s'opposent aux motifs inhérents à la personne des travailleurs. C'est ainsi que les cas de force majeure libèrent les employeurs de leur obligation de verser le salaire ; il faut relever que ces événements entraînent le plus souvent un retard au travail et non pas une véritable absence (paralysie des services de transport, par exemple). En cas d'événements plus graves, tels que catastrophes naturelles, on peut penser que les pouvoirs publics interviendraient pour en atténuer les conséquences, en imposant des dérogations aux dispositions de droit privé.

Section 3 : *Les risques de l'entreprise*

Cette notion recouvre aussi bien les dérangements d'ordre technique (interruption de l'approvisionnement en énergie, panne des machines) que les aléas économiques (manque de matières premières, absence de

[54] Voir message du Conseil fédéral, FF 1967, II, pp. 278 à 280.

[55] Nous envisageons dans cette section les cas d'événements objectifs survenant en dehors du travail. Pour ceux qui surviennent dans le cadre du travail, voir ci-dessous la section 3 de ce même paragraphe.

[56] Voir *supra,* première partie, pp. 27 et 28.

commandes) ou les restrictions étatiques (interdiction de la production d'un produit déterminé) et peut avoir pour conséquence l'impossibilité pour le travailleur de fournir sa prestation.

A défaut d'entente entre les parties [57], c'est l'employeur qui supporte les conséquences de tels risques et qui doit verser le salaire du travailleur, même en l'absence de toute faute. Il s'agit en fait d'un cas de demeure de l'employeur (art. 324 CO) qui échappe à la réglementation de l'art. 324 a CO.

En cas de grève des travailleurs dans l'entreprise ou de participation à une grève par solidarité, les travailleurs n'ont pas droit au salaire parce que l'interruption du travail provient de leur « sphère d'activité » [58]. Il se peut également qu'une telle participation constitue une violation des dispositions des conventions collectives de travail instituant ce que l'on nomme communément « la paix du travail ».

Section 4 : *La détention non fautive*

Nous avons vu dans la première partie de notre travail que la doctrine considérait, sous l'empire de l'ancien article 335 CO, la détention non fautive comme une cause analogue à la maladie ou à l'accident justifiant le paiement du salaire au travailleur qui en était victime [59].

Pour notre part, nous hésitons à faire de la détention un motif inhérent à la personne des travailleurs et, à supposer qu'un tel empêchement de travailler entre dans le cadre de l'art. 324 a CO [60], nous ne comprenons pas pourquoi il incomberait à l'employeur de supporter les conséquences économiques d'une arrestation injustifiée ; la logique

[57] De telles ententes se rencontrent dans les entreprises qui doivent compter sur de fréquentes interruptions ; nous songeons particulièrement à celles qui sont dépendantes des conditions atmosphériques, comme les entreprises de construction. Les accords peuvent porter, par exemple, sur une réduction momentanée de la durée du travail.

[58] Voir REHBINDER, *op. cit.* pp. 58 et 59. Selon cette théorie, le dommage est supporté soit par l'employeur soit par le travailleur selon qu'il provient de la sphère d'activité de l'un ou de l'autre.

[59] Citons notamment SCHWARTZ, *op. cit.* p. 57 et MEYER, *op cit.* p. 42. Voir *supra*, première partie, p. 28.

[60] SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.* p. 110 et REHBINDER, *op. cit.* p. 57 mentionnent expressément la détention non fautive au titre des autres motifs inhérents à la personne des travailleurs et justifiant le versement du salaire par l'employeur.

commande que l'autorité responsable de tels actes réponde du dommage qui peut en résulter [61].

Section 5 : *Les jours fériés*

L'étude des dispositions sur les jours fériés soulève le problème de la compétence des cantons pour édicter des prescriptions de droit public sur les rapports juridiques régis par le droit civil fédéral. En effet, les cantons peuvent, en vertu de leurs attributions de droit public [62], instituer des jours fériés commémorant certains événements historiques nationaux ou cantonaux et prescrire que ces journées sont chômées. La question juridique que le Tribunal fédéral a dû débattre à plusieurs reprises a trait à la compétence des cantons d'imposer aux employeurs l'obligation d'indemniser les travailleurs en de telles occasions [63]. En matière de droit privé, l'art. 324 a CO réglemente exhaustivement le maintien du droit du travailleur au salaire malgré l'absence de contre-prestation de sa part. En effet, la compétence de légiférer en ce domaine est réservée à la Confédération, conformément à l'art. 64 Cst. En vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral, les cantons doivent donc s'abstenir de légiférer en matière de droit civil ; ils ne peuvent le faire que si le législateur l'a prévu expressément. Or une telle réserve fait défaut en l'espèce. Cependant, les cantons n'outrepassent pas leurs droits s'ils se contentent le légiférer dans les limites de l'art. 6 CCS, aux termes duquel les lois civiles de la Confédération laissent subsister la compétence des cantons en matière de droit public. Dès lors qu'un canton institue un jour ferié et impose aux employeurs l'obligation de payer les travailleurs à l'occasion de cette journée, il ne peut agir que dans les limites du droit public, c'est-à-dire dans le cadre d'une loi de droit public, dans un but d'intérêt général et en usant de moyens de droit public. En outre, sa décision doit être conforme au sens et à l'esprit du droit fédéral. De plus, le Tribunal fédéral a précisé que les cantons ne sont

[61] Pour ce qui concerne l'allocation d'une indemnité pour détention injustifiée, voir ZIRILLI, *op. cit.* pp. 171 à 213.

[62] Art. 3. Cst.

[63] Cette obligation de l'employeur concerne plus particulièrement les travailleurs employés à la journée, à l'heure ou à la pièce (voir LORETAN, *op. cit.* p. 327).

autorisés à édicter des règles de droit public sur des rapports juridiques régis par le droit privé que si le but de droit public ne peut être atteint sans cette mesure [64].

Seul le strict respect de toutes ces conditions permet aux cantons de prescrire le paiement du salaire en cas de jours fériés [65].

Relevons encore que l'art. 18, al. 3 de la loi sur le travail autorise le travailleur à suspendre son travail à l'occasion de jours fériés confessionnels autres que ceux reconnus par les cantons ; l'art. 11 LT prévoit que le temps perdu peut être compensé. A défaut de travail compensatoire, l'employeur n'est pas tenu de verser le salaire. En effet, ni le droit public, ni le droit privé ne l'y obligent.

[64] RO 76, I, pp. 316 et 317 ainsi que les références citées.

[65] Le Tribunal fédéral a examiné la constitutionnalité de plusieurs lois cantonales imposant le paiement du salaire à l'occasion de jours fériés.

Il l'a refusée dans les cas suivants :

— loi genevoise du 12 mai 1934 modifiant la loi sur les jours de fêtes légales (commémoration du jour anniversaire de l'arrivée des Confédérés au Port Noir) : RO 61, II, pp. 353 ss.
— loi genevoise du 24 décembre 1949 sur l'indemnisation des jours fériés : RO 76, I, pp. 305 ss.
— loi zurichoise du 3 avril 1949 sur les jours de repos officiels : RO 76, I, pp. 321 ss = JT 1951, I, pp. 336 ss.

Il l'a en revanche admise pour :

— la loi bâloise du 18 juin 1931 relative aux vacances annuelles des employés : RO 58, I, pp. 26 ss = JT 1932, I, pp. 600 ss.
— la loi soleuroise du 3 juillet 1938 sur la fête nationale suisse et d'autres jours commémoratifs. Arrêt non publié du 31 mars 1939.

Chapitre II

L'ABSENCE DE FAUTE DU TRAVAILLEUR

§ 1. Généralités

L'absence du travailleur pour cause de maladie, d'accident, d'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique, ou pour d'autres motifs inhérents à sa personne n'entraîne pas *ipso facto* l'obligation pour l'employeur de lui verser son salaire pour un temps limité.

Comme nous l'avons relevé dans l'introduction à ce travail, la réglementation de l'art. 324 a CO est particulière en ce sens qu'elle fait supporter à l'employeur les conséquences de l'inexécution momentanée des prestations du travailleur dans certains cas déterminés ; elle ne saurait donc s'appliquer dans n'importe quelles circonstances, en raison notamment de ce caractère d'exception. Aussi le droit du travailleur au salaire ne doit-il pas dépendre du bon-vouloir de ce dernier ; de même, son comportement lors de la survenance de l'empêchement ou pendant son absence peut constituer un motif de suppression ou de réduction des prestations de l'employeur [66].

En effet, l'art. 324 a CO prévoit que le travailleur n'a droit à son salaire qu'en cas d'empêchement sans faute de sa part ; l'absence de faute du travailleur est donc une condition générale d'application de l'art. 324 a CO [67], bien qu'à notre avis, l'empêchement du travailleur

[66] Il importera de préciser quand il y a suppression et quand il y a réduction du droit au salaire. Voir *infra*, pp. 68 et 69.

[67] Ce qui ne signifie pas que toute faute entraîne la suppression du droit au salaire ; on peut cependant dire que l'existence d'une faute du travailleur empêche l'application complète de l'art. 324 a CO, c'est-à-dire le versement du plein salaire pendant le temps limité.

pour l'un des motifs mentionnés à l'art. 324 a CO ne doive pas être présumé fautif [68]. Cependant, nous verrons ci-dessous [69] qu'il convient d'interpréter restrictivement cette notion de faute, laquelle entraîne, dans la majeure partie des cas, une diminution plutôt qu'une suppression des prestations de l'employeur. Avant d'examiner la notion de faute au sens que nous estimons devoir lui donner dans le cas qui nous occupe, il nous paraît judicieux de définir brièvement la notion de faute en général ; de plus, nous nous efforcerons de distinguer les diverses espèces de fautes, démarche qui nous permettra d'aborder plus facilement l'étude de la faute au sens de l'art. 324 a CO.

§ 2. La notion de faute et les différentes catégories de fautes

L'étude de la faute en droit suisse suffirait à elle seule pour constituer un sujet de thèse qui dépasserait largement les limites de notre travail ; aussi tenterons-nous de simplifier au maximum notre approche de la notion de faute et de la ramener aux dimensions qui sont celles du présent ouvrage.

Donner une définition de la faute *lato sensu* qui soit suffisamment complète est presque une gageure. Citons celle que mentionne Engel dans son traité des obligations [70] : « La faute est un manquement à la diligence due par l'auteur », ou celle que propose von Tuhr [71] : « La faute (*culpa* au sens large) est une notion commune au droit pénal et au droit civil ; elle consiste dans une attitude morale réprouvée par la loi, et qui se manifeste à propos d'un acte illicite ou de la violation d'un contrat ». Cuendet [72], pour sa part, voit dans la faute « l'imputabilité d'un comportement illicite ».

Pour mieux comprendre ce qu'englobe le concept de faute au sens juridique, il convient de faire la distinction entre les deux éléments constitutifs de la faute, savoir l'élément objectif et subjectif.

[68] Voir *infra* pp. 70 et 71.
[69] *Infra* p. 68.
[70] *Op. cit.* p. 312.
[71] *Op. cit.* p. 339, § 47.
[72] *Op. cit.* p. 84.

Section 1 : *L'élément objectif de la faute*

La première condition de l'existence de la faute est l'illicéité ; cette notion a été le plus souvent définie en matière délictuelle où elle s'analyse comme une violation des injonctions ou des interdictions écrites ou non écrites de l'ordre juridique [73] ; on la trouve également en matière contractuelle, domaine qui nous intéresse présentement ; dans cette hypothèse, c'est le contrat qui tient lieu d'ordre juridique et l'illicéité apparaît comme un manquement à une obligation contractuelle. Il ne peut donc y avoir de faute sans obligation et il nous incombera de préciser quelles sont les obligations du travailleur découlant de l'art. 324 a CO [74]. L'illicéité étant admise, la question se pose de savoir comment apprécier le comportement de l'auteur qui a conduit à ce résultat ; il importe alors d'établir une norme de comparaison à laquelle le juge puisse se référer ; c'est en effet ce dernier qui doit comparer l'attitude du sujet en cause avec celle d'un homme diligent de la même catégorie que lui et placé dans les mêmes conditions ; la comparaison s'opère *in abstracto*, c'est-à-dire sans tenir compte des données particulières de l'auteur, qui seront prises en considération dans l'examen de l'élément subjectif [75] ; elle permet de juger si l'auteur s'est écarté du comportement qui aurait dû être le sien s'il avait agi comme le modèle auquel on se réfère et, dans l'affirmative, d'estimer la mesure de cet écart.

Section 2 : *L'élément subjectif de la faute*

Bien que la doctrine suisse se rattache à une conception objective de la faute, elle admet cependant qu'il y a un élément subjectif dans cette notion [76] ; cet élément subjectif est l'imputabilité : l'écart de con-

[73] A propos de la notion d'ordre juridique, voir RO 99, II, p. 274 = JT 1965, I, p. 234, cons. 4 ; RO 94, I, p. 628 = JT 1970, I, p. 119, cons. 5 ; RO 91, II, p. 401 = JT 1966, I, p. 514, cons. 3 a ; RO 55, II, p. 231, cons. 2 = JT 1930, I, p. 250.

[74] Voir *infra* § 3, particulièrement pp. 69 et 70.

[75] Cette méthode résulte de la conception objective de la faute, qui prévaut actuellement en droit suisse. Voir RO 94, I, p. 428 = JT 1970, I, p. 119, cons. 5 ; CUENDET, *op. cit.* p. 89 ; ENGEL, *op. cit.* p. 313.

[76] Voir CUENDET, *op. cit.* pp. 113 à 122.

duite de l'auteur par rapport à l'homme diligent choisi comme modèle doit pouvoir lui être imputé au vu de ses caractéristiques propres. En d'autres termes, il s'agit de savoir si l'auteur pouvait ou non, au regard de ses capacités, de ses connaissances ou de son intelligence, prévoir que son attitude lui serait reprochée, et de déterminer s'il était en mesure de l'éviter. Pour ce faire, il convient de prendre en considération la capacité de discernement de l'auteur, laquelle implique la conscience et la volonté de ses actes ; conscience en ce sens qu'il doit avoir la capacité d'en apprécier les motifs et la portée, et volonté en ce sens qu'il doit être en mesure d'agir conformément à cette appréciation. L'imputabilité suppose donc que l'auteur doit avoir conscience qu'il agit contrairement au droit (qu'il viole ses obligations contractuelles) et qu'il a la possibilité d'agir conformément au droit (à celles-ci).

En guise de résumé, nous reproduirons le schéma que nous indique Cuendet [77] pour apprécier le caractère fautif du comportement dans un cas d'espèce :

« 1) élaborer, en fonction du responsable éventuel, un type de comparaison qui permette de savoir quelle aurait été, dans le cas donné, la conduite d'un homme avisé ;

2) lorsqu'il est établi, par comparaison avec ce type, que la conduite du débiteur s'écarte de celle du type de comparaison, déterminer si cet écart lui est imputable. »

En fonction des deux éléments constitutifs que nous avons tenté de dégager, la faute peut être définie comme suit : « la faute est la qualification, emportant désapprobation, d'un comportement humain ». C'est la définition que donne Oftinger [78].

Section 3 : *Les diverses espèces de fautes*

Il est possible de distinguer les différents types de fautes selon la façon dont l'auteur envisage le résultat de son acte ou selon l'importance de son manque de diligence.

[77] *Op. cit.* p. 121.
[78] *Op. cit.* p. 121.

D'après la première distinction, il y a faute intentionnelle lorsque l'auteur a voulu le résultat qui s'est produit. Lorsqu'il considère le résultat non plus comme certain, mais seulement comme possible, on parle alors de dol éventuel : l'auteur sait que les conséquences de son acte peuvent se manifester et y consent pour le cas où elles se réaliseraient. Il y a négligence (ou imprudence) [79] lorsque l'auteur, conscient des conséquences que peut entraîner son acte ou son omission, compte qu'elles ne se produiront pas ; on utilise généralement l'expression de négligence (ou imprudence) « consciente » dans ces cas-là par opposition à la négligence (ou imprudence) « inconsciente », qui est la situation dans laquelle l'auteur n'envisage même pas les conséquences de son acte ou de son omission.

En matière de droit civil, le dol éventuel est assimilé au dol (ou faute intentionnelle), que l'on oppose à la négligence, ou imprudence (*Fahrlässigkeit*) [80].

D'après la seconde distinction, on qualifie la faute selon sa gravité : faute grave (lourde) ou légère [81]. D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, « commet une faute grave quiconque viole une règle élémentaire de prudence qui, dans les mêmes circonstances, se serait imposée à tout homme raisonnable » [82]. *A contrario*, toute faute qui n'est pas grave est légère [83]. Bien que le principe général en matière contractuelle soit que chacun répond de toute faute (art. 99, al. 1 CO), nous verrons au chapitre suivant que ce principe peut souffrir des exceptions et que la division faute grave — faute légère est d'une grande utilité ; en outre, il arrive que la loi attache des effets différents suivant la gravité de la faute [84]. De même le juge doit-il tenir compte, pour des motifs d'équité, du degré de la faute lors de la fixation de l'étendue de la réparation (art. 43 CO). Le critère de la gravité de la faute se combine-t-il avec celui de la conscience qu'a l'auteur des conséquences que peut entraîner son acte ou son omission ? S'il paraît logique, d'une façon très générale, de consi-

[79] La négligence vise plutôt les cas d'omission ; l'imprudence s'applique plutôt aux cas de fautes par commission.

[80] Voir ENGEL, *op. cit.* p. 318.

[81] On rencontre aussi les expressions *culpa lata* et *culpa levis*.

[82] Voir RO 92, II, p. 250 = JT 1967, I, p. 343 et la jurisprudence citée.

[83] Sur la critique de cette division bipartite du degré de la faute, voir ENGEL, *op. cit.* p. 319.

[84] Il en est ainsi des articles 14, al. 2 à 4 et 72, al. 3 LCA et notamment des art. 49, 210, al. 3, 248, 452, 454, 966 CO.

dérer le dol comme une faute grave et la négligence ou l'imprudence comme une faute légère, il est cependant périlleux de faire des catégories trop rigides ; selon les circonstances, une négligence ou une imprudence peut constituer, aux yeux du juge, une faute grave. Il nous semble fort douteux, en revanche, qu'une faute intentionnelle puisse être qualifiée de légère.

§ 3. La faute au sens de l'art. 324 a CO

Section 1 : *Aperçu théorique*

Les commentateurs de l'ancien article 335 CO ne se sont guère attardés à expliquer ce que recouvre la notion d'empêchement fautif de travailler [85] ; il est vrai que c'est plus le rôle de la jurisprudence que celui de la doctrine puisqu'il s'agit de déterminer, dans chaque cas particulier, si l'empêchement dont le bien-fondé est contesté par l'employeur doit être qualifié de fautif ou non en regard du but visé par l'article 324 a CO et des intérêts en présence. Il convient cependant de dégager certains principes généraux auxquels le juge peut avoir recours et qui permettent de préciser la mesure de la diligence incombant au travailleur.

L'art. 324 a CO est une disposition exceptionnelle en comparaison des principes généraux en vigueur en matière contractuelle ; à ce titre, il peut paraître normal de l'interpréter strictement à l'encontre des travailleurs ; cependant, la nature des relations qu'instaure le contrat de travail commande une interprétation différente ; en effet, le travailleur offre à l'employeur non seulement sa capacité de travail mais s'engage en outre à lui être fidèle, à sauvegarder ses intérêts et à se soumettre à ses ordres et directives [86] ; le corollaire de ses obligations réside notamment dans la garantie de pouvoir jouir de son salaire pendant un temps limité en cas d'empêchement de travailler non fautif. En outre, le lien

[85] BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 100 ; MEYER, *op. cit.* pp. 44 à 46 ; KATZ, *op. cit.* pp. 136 à 143 ; SONTHEIM, *op. cit.* pp. 32 et 33 ; OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335, n° 7, 8 et 9, pp. 1256 à 1258 ; SCHWEINGRUBER (1), *op. cit.* p. 68.

[86] Voir art. 321 a CO, IZVEREN Adil (*op. cit.*) et MIESCHER, *op. cit.* pp. 81 à 89.

entre les parties est beaucoup plus étroit dans le contrat de travail que dans n'importe quelles autres relations contractuelles ; il est dès lors compréhensible qu'une absence non fautive du travailleur pour cause d'accident ou de maladie, par exemple, ne le prive pas de son moyen d'existence, tout au moins pendant un certain laps de temps. Une interprétation trop stricte de la notion de faute irait à l'encontre du but même de l'art. 324 a CO.

C'est pourquoi il nous paraît équitable de ne refuser le paiement complet du salaire au travailleur que si ce dernier s'est rendu coupable d'une faute intentionnelle. En cas de négligence ou d'imprudence, nous préconisons le versement complet du salaire en cas de faute légère ; en en cas de faute grave [87], nous sommes partisans d'une réduction du salaire en fonction du degré de la faute, qui doit être évalué de cas en cas par le juge [88].

Cette réglementation du droit au salaire en fonction de la faute du travailleur est semblable à celle instaurée par l'art. 98 LAMA en cas de faute de l'assuré ; la notion de faute au sens de la LAMA ne rejoint toutefois pas nécessairement celle que mentionne l'art. 324 a CO [89]. Le parallèle qu'il est cependant possible de tracer entre ces deux domaines du droit différents résulte du caractère social de la disposition de l'art. 324 a CO.

La gravité de la faute du travailleur doit être appréciée différemment selon qu'elle résulte d'une activité professionnelle ou non professionnelle : dans le premier cas, il est normal que le comportement du travailleur soit jugé plus sévèrement que dans le second ; en effet, le travailleur reçoit de l'employeur des directives précises quant à l'exécution de son travail et aux mesures de sécurité à respecter ; une violation de ces obligations constitue, en règle ordinaire, une faute grave si l'em-

[87] La doctrine et la jurisprudence ne refusèrent l'application de l'ancien art. 335 CO (totalement ou partiellement) qu'aux travailleurs ayant commis une faute grave : voir MEYER, *op. cit.* p. 44 ; BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 100 ; SONTHEIM, *op. cit.* p. 33. KATZ, *op. cit.* p. 137, pose l'exigence d'une *culpa lata*. Voir également RSJ 40, pp. 147 et 266.

[88] Cette solution peut se justifier, au regard des principes généraux du CO, par l'art. 99 al. 2 ; cette disposition stipule que le débiteur répond en général de toute faute, mais que sa responsabilité est plus ou moins étendue selon la nature de l'affaire. C'est précisément la nature particulière des relations entre employeurs et travailleurs qui justifie l'exonération du travailleur en cas de faute légère.

[89] Voir à ce sujet *infra*, pp. 72 à 74, ainsi que la quatrième partie, pp. 158 à 160.

ployeur a pris, pour sa part, toutes les mesures utiles d'instruction et de prévention. En cas d'empêchement survenant hors du travail, en revanche, il est logique d'apprécier le comportement du travailleur avec une relative clémence ; en effet, il est impossible d'exiger du travailleur que sa conduite soit entièrement dictée par le souci de pouvoir toujours remplir ses obligations professionnelles dans les meilleures conditions possibles [90]. De même, les questions de moralité et de vie privée doivent rester, dans la mesure du possible, étrangères aux relations entre employeurs et travailleurs et ne pas être prises en considération dans l'appréciation de la faute. En outre, l'objectivation de la faute, qui prévaut actuellement en droit suisse [91], conduit à ce résultat extrême que la seule survenance du dommage permet de conclure à une faute de l'auteur (en matière d'accidents de la circulation, par exemple) [92] ; c'est une raison supplémentaire de se montrer prudent dans l'estimation du degré de la faute, qui doit être examinée en tant que faute du travailleur et non de faute de l'automobiliste ou du sportif, par exemple.

Enfin, il faut relever que l'art. 324 a CO ne prend en considération la faute du travailleur qu'en tant qu'elle est la cause du motif d'empêchement ; il doit donc y avoir un lien de causalité étroit entre la faute et l'empêchement de travailler ; sans que la faute soit la cause directe de l'empêchement, il faut que l'employeur puisse s'en prévaloir également dans les cas où elle entraîne un prolongement de l'empêchement : c'est le cas notamment lorsque le travailleur ne met pas tout en œuvre pour reprendre son travail dans un délai raisonnable, soit qu'il commette de graves imprudences qui retardent son rétablissement, soit qu'il ne suive pas le traitement prescrit par le médecin. Une réduction ou une suppression du salaire pour faute du travailleur se justifie dans la mesure où l'attitude coupable de ce dernier est en rapport de causalité avec son absence au travail.

Pour ce qui est du fardeau de la preuve, on peut se demander si l'art. 324 a CO ne déroge pas au principe général applicable en matière contractuelle, à savoir que la faute est présumée. En effet, l'art. 97 CO envisage l'hypothèse d'une inexécution ou d'une exécution imparfaite

[90] KATZ (*op. cit.* p. 137) est du même avis lorsqu'il dit, à propos de la maladie ou d'autres motifs d'empêchement analogues : « on ne peut pas exiger du travailleur qu'il prenne davantage de précautions à l'égard de son employeur qu'il n'en prend envers lui-même. »

[91] Voir *supra*, pp. 65 et 66.

[92] Voir *infra*, pp. 74 et 75.

de l'obligation incombant au débiteur. Or le sens de l'art. 324 a CO est que le travailleur n'est pas en demeure s'il n'offre pas sa prestation pour l'un des motifs d'empêchement qui y est mentionné. L'hypothèse de départ, le texte légal l'exprime clairement, est donc un empêchement non fautif de travailler ; comme la loi met les conséquences de l'inexécution du travailleur momentanément [93] à la charge de l'employeur, il s'ensuit que ces empêchements doivent être présumés non fautifs. La faute apparaît alors comme une exception que l'employeur peut soulever pour se libérer et qu'il lui appartient d'établir. Au point de vue pratique, une telle présomption permet de rapporter la preuve d'un fait positif et non celle d'un fait négatif, en l'occurence l'absence de faute. Elle confirme l'adage *affirmanti non neganti incumbat probatio.*

A notre connaissance, il n'existe encore aucune jurisprudence relative à la faute du travailleur au sens de l'art. 324 a CO. Comme cet article n'a pas apporté de modification par rapport à l'art. 335 CO ancien sur ce point particulier, nous nous proposons de mentionner quelques cas d'empêchements fautifs au sens de l'ancien art. 335 CO et d'examiner s'ils répondent aux principes généraux que nous venons de poser. Nous ferons, à propos de ces exemples, quelques remarques *de lege ferenda.*

Section 2 : *Exemples pratiques*

L'examen de la faute du travailleur ne se justifie qu'en cas d'empêchement pour cause de maladie, d'accident ou d'autres motifs inhérents à sa personne, mais pas en cas de grossesse, d'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique. Nous ne pouvons partager l'opinion de Schönenberger [94] lorsqu'il préconise de refuser le paiement du salaire au travailleur qui accepte une fonction publique pour le motif qu'il n'y est pas contraint ; sans parler expressément de faute, il estime que l'empêchement de travailler qui peut résulter de l'accomplissement de cette fonction publique ne doit pas être supporté par l'employeur [95].

[93] Pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO.

[94] OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335 CO, nº 7, p. 1257.

[95] Nous avons exprimé la même opinion au chapitre précédent (*supra*, p. 54) ; cependant, dans l'état actuel des choses, la loi impose le paiement du salaire à l'employeur et ce n'est pas par le biais de la faute qu'il convient de l'en décharger.

Nous pouvons imaginer, dans ce même ordre d'idées, le cas du travailleur qui cacherait à l'employeur, au moment de l'engagement, qu'il sera souvent absent de son travail en raison des charges d'une fonction publique ou d'une obligation légale. S'il faut admettre qu'un tel comportement de la part du travailleur est contraire aux relations de confiance propres au contrat de travail, ce n'est pas en invoquant la faute au sens de l'art. 324 a CO qu'il faut le sanctionner. En effet, il n'y a aucun lien de causalité entre l'attitude coupable du travailleur et l'empêchement de travailler ; il est possible, en revanche, qu'elle soit prise en considération en cas de rupture du contrat par l'employeur pour constituer, le cas échéant, un juste motif de résiliation au sens de l'art. 337 CO [96]. Nous retrouvons la même situation dans le cas d'un travailleur prédisposé à certaiens maladies et qui ne l'indique pas dans l'hypothèse où l'employeur le lui demande ; ce dernier n'est pas libéré de l'obligation de verser le salaire lorsque la maladie en cause se déclare : il y a en effet défaut du lien de causalité entre le comportement fautif et la survenance de l'empêchement.

Nous l'avons vu, seule la faute intentionnelle doit entraîner, à notre avis, la suppression totale du salaire ; en dehors des cas où le travailleur prolonge abusivement la durée de l'empêchement de travailler, il est difficile d'imaginer des exemples d'accidents ou de maladies intentionnels, dont la survenance serait provoquée volontairement ; nous pouvons cependant mentionner la mutilation ou l'inoculation volontaire d'une maladie. Les cas de fautes graves au contraire sont nombreux et peuvent se réaliser dans des domaines très variés.

Il faut tout d'abord citer les violations des prescriptions de service imposées par l'employeur et qui peuvent entraîner un accident ou une maladie du contrevenant : non-respect des mesures de sécurité ordonnées, comme le port de gants ou de masques, par exemple ; en règle générale, les entreprises dont l'activité requiert de telles mesures sont obligatoirement assujetties à la LAMA, de telle sorte que l'art. 324 b CO s'applique en cas d'accident ou de maladie professionnel ; cependant, pour ce qui concerne le droit du travailleur au salaire, il convient d'apprécier la gravité de la faute au regard du CO et non de la LAMA. Il peut arriver que cette appréciation soit la même dans les deux branches du droit,

[96] Au sujet de la perte du droit au salaire pour cause de résiliation du contrat de travail, voir *infra*, troisième partie, chapitre 3, pp. 105 ss.

notamment sur le point particulier des violations de prescriptions de service [97].

Il est possible de tracer un autre parallèle entre l'art. 324 a CO et la LAMA en ce qui concerne les dangers extraordinaires auxquels s'expose le travailleur et les entreprises téméraires auxquelles il se livre. Nous verrons par la suite que ces risques sont exclus de la couverture de la CNA pour des motifs particuliers à l'assurance [98]. Qu'en est-il à l'art. 324 a CO ?

La pratique de certains sports, réputés dangereux, a été qualifiée de fautive par une partie de la doctrine si elle entraînait un empêchement de travailler [99]. A notre avis, la pratique de n'importe quel sport, fût-ce à titre de compétition, ne peut être considérée comme fautive que dans certaines circonstances exceptionnelles : il en est ainsi d'une activité sportive exercée par un travailleur qui n'en a manifestement pas les capacités ou qui la pratique en mettant sa santé ou sa vie en péril au mépris des règles élémentaires de prudence que l'on peut attendre d'une personne qui s'y adonne dans des conditions normales [100].

En poursuivant notre parallèle avec les dangers extraordinaires de l'art. 67, al. 3 LAMA, il nous faut encore mentionner la violation de certaines interdictions posées par la loi, comme la participation à un duel ou une rixe, la commission d'un crime ou d'un délit entraînant un emprisonnement [101] (civil ou militaire [102]). Contrairement à la réglemen-

[97] Voir art. 321 d CO et 7 LT. Au sujet de la notion de faute dans la LAMA, voir *infra*, quatrième partie, pp. 158 à 160.

[98] *Infra*, quatrième partie, pp. 162 à 164.

[99] MEYER, *op. cit.* p. 44 : vol à voile, *bobsleigh*. OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335 CO, n° 7, p. 1257, considère la pratique des sports comme fautive dès qu'elle intervient dans le cadre d'une compétition ; KATZ, *op. cit.* p. 140, rejette cette distinction.

[100] Voir RSJ 24, p. 138 : pas de faute dans le cas d'un accident de ski ayant entraîné un empêchement de travailler bien que le skieur ait commis quelque excès.

[101] Voir ce que nous avons dit au sujet de la détention non fautive au chapitre 1, *supra*, p. 60.

[102] A propos du service militaire, rappelons que l'accomplissement d'un service militaire à l'étranger n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 324 a CO ; en effet, cette disposition envisage uniquement le cas du service militaire accompli obligatoirement en Suisse. L'employeur n'a donc pas à se préoccuper de savoir si le travailleur accomplissant un service militaire à l'étranger est fautif ou non. En outre, relevons que l'obligation de participer à un cours de tirs pour retardataires découle généralement d'une faute du travailleur qui, selon sa gravité, peut constituer un motif de réduction de salaire.

tation instaurée par la LAMA, qui exclut de tels risques de la couverture d'assurance, le comportement fautif du travailleur entraîne, en règle générale, une diminution et non une suppression du salaire.

Le cas des accidents de la circulation, particulièrement ceux qui sont provoqués par un excès de boissons alcooliques, soulève un certain nombre de difficultés. Un travailleur empêché de travailler ensuite d'un accident de la circulation dans lequel sa responsabilité est engagée va-t-il se voir refuser tout ou partie de son salaire ? Il est difficile de répondre catégoriquement par l'affirmative ou la négative ; en effet, le plus banal accident de la circulation entraîne souvent un partage de responsabilité ; l'objectivation de plus en plus marquée de la notion de faute qui s'opère dans ce domaine particulier du droit a pour conséquence que le seul fait de l'accident suffit à engager la responsabilité de ceux qui y sont impliqués ; en effet, l'accident aurait été évité si chacun s'était comporté comme le conducteur idéal. Il s'agit donc d'être très prudent dans l'appréciation du caractère fautif ou non de l'attitude de l'auteur d'un accident de circulation (ou de la victime qui n'a pas pu éviter le dommage). Le fait de déceler un fort taux d'alcoolémie dans le sang du conducteur fautif peut constituer une circonstance aggravante, qui permettrait de conclure à l'existence d'une faute grave. Cependant, les principes applicables en matière de droit pénal ou administratif ne doivent pas être transposés sans précaution dans le domaine du droit privé ; la faute ne doit pas être appréciée avec la même sévérité dans les deux cas : le droit public pose une sanction pour le contrevenant ou ordonne une mesure administrative à son égard ; il ne faut pas qu'elles se doublent d'une sanction sur le terrain du droit privé ; aucun caractère punitif ne ressort de l'art. 324 a CO, lequel vise uniquement à ne pas faire supporter à l'employeur les conséquences d'un empêchement de travailler que le travailleur pourrait provoquer à sa guise ou causerait par un comportement fautif particulièrement grave. Dans un arrêt non publié du 26 mars 1968, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a refusé l'application de l'art. 335 CO ancien dans un cas d'incapacité totale, puis partielle, de travailler d'une cuisinière victime d'un accident de la circulation ; l'intimée avait consommé des boisons alcooliques en compagnie du conducteur du véhicule dans lequel elle avait pris place. Le tribunal a admis le lien de causalité entre le comporte-

ment fautif de la passagère et son empêchement de travailler [103] ; cet arrêt nous semble sévère dans la mesure où il refuse toute prestation à la travailleuse ; en admettant qu'elle a commis une faute grave, une réduction du salaire nous paraîtrait plus appropriée, d'autant plus que la faute de la passagère n'est pas la cause principale de l'accident.

En ce qui concerne l'excès de boissons alcooliques, Katz [104] distingue selon que l'empêchement de travailler est une conséquence directe ou indirecte de l'absorption d'alcool pour ne considérer comme fautif que celui qui découle directement de cet excès. Ainsi, il nie la faute (sous réserve de circonstances particulières) du travailleur victime d'un accident dû à son état d'ivresse et empêché de ce fait de travailler pour admettre celle du travailleur peu consciencieux qui ne se rend pas au travail parce qu'il s'est endormi au petit jour sous l'effet de l'alcool. Nous serions tenté d'appliquer ce raisonnement au cas évoqué ci-dessus (passagère empêchée de travailler à la suite d'un accident causé par le conducteur) ; il nous paraît cependant dangereux de le faire systématiquement car il n'y aurait jamais de faute lors d'accidents de la circulation dus à un état d'ivresse, l'empêchement de travailler n'étant pas, dans l'optique de Katz, la conséquence directe de l'absorption excessive d'alcool.

En dernier lieu, nous mentionnerons le cas de la grossesse extra-conjugale,qui a fort préoccupé la doctrine (tout en la divisant). Il faut peut-être rappeler que la grossesse n'était pas unanimement admise comme motif d'empêchement au regard de l'art. 335 CO ancien [105], ce qui explique peut-être la réticence de certains auteurs à admettre les cas de grossesse extra-conjugales. Ainsi, Oser-Schönenberger [106] et Birchmeier [107] considérèrent la grossesse hors mariage comme fautive ; selon eux, seules les femmes mariées avaient droit à leur salaire si elles étaient empêchées de travailler pour cause de grossesse. Sontheim [108], Meyer [109]

[103] Selon lui, « le comportement fautif de la travailleuse, qui s'est laissée aller à consommer des boissons alcooliques avec le conducteur de la voiture dans laquelle elle s'apprêtait à monter, apparaît comme étant l'une des causes de l'accident dont elle a été la victime ».

[104] *Op. cit.* p.138.

[105] *Supra*, première partie, p. 25.

[106] *Op. cit. ad* art. 335, n° 7, p. 1257.

[107] *Op. cit.* p.101.

[108] *Op. cit.* p. 32.

[109] *Op. cit.* pp. 45 et 46.

et Katz [110], au contraire, ne voyaient pas de raison de traiter différemment la femme mariée et la mère célibataire au regard de l'art. 335 CO ancien. A ce propos, relevons encore un arrêt rendu par le tribunal de prud'hommes de la ville de Berne le 21 août 1967 [111] qui disposait : « il faut nier qu'il y ait faute dans le cas de la grossesse d'une sommelière, certes célibataire, mais fiancée ; en revanche, il faudrait considérer comme fautive la grossesse d'une prostituée ».

Nous retrouvons ici le problème de la portée de l'alinéa 3 de l'art. 324 a CO [112]. La grossesse est expressément mentionnée comme motif d'empêchement justifiant le versement du salaire par l'employeur ; nous avons vu que le législateur, en lui consacrant un alinéa séparé, a pu vouloir dire deux choses : soit que la travailleuse a droit à son salaire dans tous les cas pour cause de maladie, d'accident ou d'autres motifs inhérents à sa personne (al. 1) et qu'au surplus elle en bénéficie en cas de grossesse (al. 3), soit que la grossesse est un motif d'empêchement particulier en ce sens qu'il donne droit au salaire abstraction faite de toute faute de la travailleuse. En effet, l'alinéa 3 de l'art. 324 a CO prescrit à l'employeur les mêmes obligations que dans les cas d'empêchements cités à l'alinéa 1, mais sans mentionner que le droit au salaire n'est dû qu'en l'absence de faute de la travailleuse.

Nous avons déjà montré que la première conséquence de la mention distincte de la grossesse au titre d'empêchement entraînant le droit au salaire représente une lourde charge pour les employeurs et qu'elle semble contestée [113]. Dans ces conditions, la portée de ce troisième alinéa doit-elle être limitée à la seconde conséquence évoquée ci-dessus, savoir que la grossesse ne saurait être fautive et que la grossesse extra-conjugale donnerait également droit au salaire ? Cette justification manque singulièrement de poids ; en effet, d'une part la doctrine avait renoncé, à la veille de l'entrée en vigueur du titre X CO revisé, à considérer la grossesse hors mariage comme fautive [114], d'autre part il eût été possible, en appliquant les principes que nous avons dégagés dans ce chapitre, de ne jamais considérer aucune grossesse comme fautive.

Dès lors que la grossesse est expressément prévue comme motif d'em-

[110] *Op. cit.* p. 138.
[111] RSJ 64, p. 305.
[112] Voir *supra*, chapitre 1 pp. 47 ss, spécialement p. 49.
[113] Voir *supra*, chapitre 1, p. 49, note 33.
[114] Voir *supra*, p. 75, notes 108 et 109, ainsi que la note 110 ci-dessus.

pêchement à l'art. 324 a CO, nous ignorons selon quel critère il est possible de différencier celle d'une femme mariée de celle d'une mère célibataire ; il serait possible de considérer qu'il y a faute, au sens de violation d'une prescription légale, en cas d'adultère (poursuivable sur plainte du conjoint outragé seulement) ou de concubinat. Le CPS ne prévoit aucune sanction dans les cas d'unions libres ; en revanche, les cantons ont le droit de les réprimer à titre de contravention [115] ; il en va différemment de la prostitution : les cantons ne peuvent la réprimer sans déroger au droit fédéral [116].

Même dans les circonstances décrites ci-dessus, nous sommes d'avis que la travailleuse doit avoir droit au salaire si son état de grossesse l'empêche de travailler. Si l'on songe au cas, fort hypothétique il est vrai, d'une travailleuse qui, à côté de son emploi, se livrerait au commerce de ses charmes et se trouverait de ce fait enceinte et empêchée d'exécuter son travail « régulier », notre point de vue peut paraître critiquable, mais, comme nous l'avons exposé plus haut [117], nous estimons que le problème de la faute doit être examiné dans le cadre des rapports de travail et que des considérations d'ordre moral, qui concernent la vie privée des travailleuses, doivent rester étrangères aux relations professionnelles entre employeurs et travailleuses [118].

Il nous apparaît donc que l'empêchement de la travailleuse pour cause de grossesse ne saurait être fautif, que l'on considère la grossesse comme empêchement distinct ou qu'on la range parmi ceux de l'alinéa 1. Dans ces conditions, si la grossesse est mentionnée à l'alinéa 3 pour le seul motif qu'elle donne droit au salaire indépendamment de toute faute, prévoir un alinéa à cet effet nous semble superflu. Si, en revanche, cette disposition a pour but de permettre aux travailleuses de cumuler leur droit au salaire en cas de grossesse et en cas d'autres empêchements inhérents à leur personne, la construction de l'art. 324 a, al. 1 à 3, nous paraît logique.

[115] RO 71, IV, p. 46. Voir l'avis de la Division de justice du Département fédéral de justice et police du 29 mars 1974 résumant l'état de la répression pénale cantonale en matière de concubinat, *in* « jurisprudence des autorités administratives de la Confédération » 1974, fascicule 38/III, pp. 38 et 39.

[116] RO 68, IV, p. 41 = JT 1942, I, p. 578 ; RO 68, IV, p. 110 = JT 1943, I, p. 190.

[117] Voir *supra*, chapitre 2, p. 70.

[118] La même solution doit être apportée au problème des maladies vénériennes.

Bien que favorable à cette seconde hypothèse, nous sommes conscient d'une telle interprétation soulèvera de nombreuses objections ; il nous semble cependant que c'est elle qui correspond le mieux au texte de la loi.

Chapitre III

LA DUREE DU CONTRAT DE TRAVAIL

Nous abordons dans ce chapitre la dernière des trois conditions que pose la loi à la naissance du droit au salaire du travailleur empêché de fournir sa prestation.

Cette troisième condition constitue sans doute l'innovation la plus importante de l'art. 324 a CO par rapport à l'ancien art. 335 CO. En effet, la loi apporte une réponse, sinon satisfaisante, du moins univoque à la double question que nous avions été amené à nous poser dans la première partie de notre travail [119], savoir d'une part ce qu'il fallait entendre par contrat à long terme et d'autre part si un contrat de longue durée pouvait être assimilé à un contrat conclu à long terme.

Désormais, et à supposer que les autres conditions d'application de l'art. 324 a CO soient réunies, le travailleur a droit au salaire s'il est au bénéfice d'un contrat de travail conclu pour plus de trois mois [120] ou si, en l'absence d'une durée déterminée prévue dans le contrat de travail, il est au service de l'employeur depuis trois mois.

Ainsi, le critère de la fixation dans le contrat de la durée des rapports de travail, source des difficultés rencontrées lors de l'interprétation de l'art. 335 CO ancien, est maintenu puisque le droit du travailleur au salaire prend naissance plus tôt si la durée de l'engagement a été prévue dans le contrat. En effet, dès que le contrat de travail a été conclu pour trois mois, le travailleur a droit au salaire dès le premier jour de son entrée en service [121]. Si, au contraire, le contrat n'a pas été

[119] Voir *supra*, pp. 19 ss.

[120] KUHN, *op. cit.* p. 135, prétend à tort que le travailleur n'a pas droit au salaire pendant les trois premiers mois de son engagement, même en cas de contrat de durée déterminée. *Contra* : arrêt du tribunal de prud'hommes de la ville de Bâle du 5 juin 1973, paru *in* BJM 1974, p. 250, chiffre 1.

conclu pour une durée déterminée, le travailleur n'a droit au salaire qu'après une période de trois mois de travail [122].

Cette solution nous paraît critiquable à un double titre. Premièrement, si le législateur souhaitait subordonner le droit du travailleur au salaire à la conclusion d'un contrat d'une certaine durée, le délai de trois mois nous semble insuffisant ; la conclusion d'un contrat pour une durée de quatre mois, par exemple, ne garantit pas à l'employeur que le travailleur restera longtemps à son service (on peut même présumer le contraire) et l'employeur doit, le cas échéant, s'acquitter de son obligation dès le début de l'engagement. Deuxièmement, le fait de traiter différemment les travailleurs dont la durée d'emploi est fixée de ceux qui sont engagés pour une durée indéterminée nous semble inéquitable dans la mesure où le critère de la fixation de la durée des rapports de travail ne présume pas toujours de leur durée effective. En effet, travailleurs et employeurs peuvent être guidés par divers motifs dans leur choix de ne pas déterminer *ab initio* la durée du contrat. D'une façon générale, les travailleurs qui ont conclu un contrat pour une courte durée, mais supérieure à trois mois, jouissent d'un avantage injustifié par rapport à ceux dont le contrat ne fixe aucune durée.

Il eût été préférable, à notre avis, de supprimer le critère de la durée prévue dans le contrat pour accorder le droit au salaire à tous les travailleurs dont les rapports de travail ont duré plus de trois mois ; en effet, ce délai de trois mois présente l'avantage de correspondre au temps d'essai maximum prévu à l'art. 344, al. 2 CO. Certes l'art. 344 CO n'envisage-t-il un temps d'essai que pour les contrats de durée indéterminée qui ne donnent pas droit au salaire pendant la période d'essai. Cependant, il n'est pas rare de rencontrer des contrats de durée déterminée prévoyant un temps d'essai ; dans cette hypothèse, le travailleur a droit au salaire en cas d'empêchement de travailler survenant pendant cette période. Si l'une ou l'autre partie met fin aux rapports de travail après le temps d'essai, l'employeur ne pourra donc pas répéter le salaire qu'il aura versé.

[121] Il nous semble opportun d'apporter ici deux précisions :
1) Le droit au salaire prend naissance depuis l'entrée en service du travailleur et non pas dès la conclusion du contrat. Voir à ce propos RSJ 37, p. 87.
2) Le travailleur a droit au salaire dès le premier jour de l'empêchement : le législateur n'a donc prévu aucun délai d'attente.

[122] Confirmé par un arrêt non publié de la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois du 26 novembre 1974.

Pour conclure, il convient d'évoquer le cas particulier du travail à temps partiel. La doctrine [123] distingue trois types de travail à temps partiel.

1) Le travail à temps partiel accompli régulièrement.
   Exemple : une entreprise emploie régulièrement une dactylographe quatre demi-journées par semaine. Le travailleur a droit au salaire de la même manière qu'un travailleur employé à plein temps. Le niveau du salaire est proportionnel à la durée d'activité. Si l'engagement a été prévu pour une durée déterminée, le travailleur a droit au salaire dès son entrée en service ; dans le cas contraire, son droit prend naissance à partir du quatrième mois seulement. Pour ce qui concerne le calcul du délai de trois mois, il convient de prendre en considération la durée écoulée depuis l'entrée en service du travailleur et non pas la somme des différentes périodes de travail effectué.
2) Le travail à temps partiel accompli irrégulièrement.
   Il s'agit du cas dans lequel les parties conviennent d'avance de nouer des relations contractuelles dont l'objet est l'engagement occasionnel du travailleur pour certaines activités de caractère irrégulier. La caractéristique de ce type de travail réside en ceci que la durée des différentes périodes d'engagement n'est pas déterminée lors de l'établissement des relations contractuelles. Il en résulte que le droit du travailleur au salaire ne prend naissance que dès l'instant où l'ensemble des différentes durées d'engagement dépasse trois mois. Auparavant, le travailleur ne peut prétendre recevoir son salaire.
3) Le travail occasionnel.
   Cette dernière catégorie a trait aux travailleurs auxiliaires employés, par exemple, en cas de surcroît de travail. Dans cette hypothèse, l'engagement du travailleur ne repose sur aucune relation contractuelle préétablie. Chaque engagement fait l'objet d'un contrat de travail distinct dont la durée n'est en principe pas déterminée. En cas d'empêchement du travailleur, l'employeur n'a donc l'obligation de payer le salaire que si chaque période d'engagement séparée dure plus de trois mois. Il n'est pas tenu compte de la durée d'éventuels engagements antérieurs.

[123] Voir Klaus Hug : « *Rechtliche Probleme der Teilzeitarbeit : Ferienregelung und Lohnzahlung bei Krankheit* », RSJ 1974, pp. 186 à 189 et les références citées.

Troisième partie

Le salaire

Chapitre premier

LA NOTION DE SALAIRE [1]

§ 1. Le principe général

L'art. 324 a CO utilise le terme très général de salaire sans préciser ce que recouvre exactement cette notion. En accord avec Birchmeier [2], nous le considérons comme une contre-prestation au travail fourni par le travailleur, qui doit englober toutes les prétentions auxquelles celui-ci aurait eu droit s'il n'avait pas été empêché de travailler. En conséquence, nous posons le principe que le travailleur ne doit être ni appauvri ni enrichi en raison de l'empêchement de travailler [3]. Ce principe général va nous être utile pour déterminer l'étendue du salaire.

Le travailleur ne doit pas être appauvri en ce sens que tous les avantages financiers qu'il eût été en droit d'obtenir s'il avait pu travailler doivent lui être accordés ; il en est ainsi des allocations supplémentaires régulières (allocations de renchérissement, allocations familiales), des augmentations de salaire ou de la rémunération des heures supplémentaires qu'il accomplissait régulièrement. Le salaire de référence est celui auquel le travailleur avait droit avant l'empêchement. Le juge peut en outre tenir compte, dans l'appréciation du montant du salaire, du fait qu'il était anormalement bas ou élevé lors de la période qui a précédé l'empêchement [4]. Enfin, il se peut que le salaire versé pendant l'empêchement

[1] Avant d'étudier la limitation dans le temps du droit au salaire, il nous paraît utile de définir brièvement la notion même de salaire afin d'en préciser la portée matérielle.

[2] *Op. cit.* p. 7. BIRCHMEIER utilise l'expression « *Entgeltscharakter* ».

[3] Nous reviendrons plus loin sur l'enrichissement du travailleur : *infra*, § 5, pp. 89 ss.

[4] Nous pensons aux cas où le salaire subit d'importantes fluctuations, notamment lorsque la rétribution du travail se calcule à la pièce ou à la tâche.

de travailler soit inférieur au salaire de référence si l'employeur apporte la preuve que le travailleur n'aurait pas pu travailler malgré l'empêchement [5].

Le principe selon lequel le travailleur doit être replacé dans les mêmes conditions qui auraient été les siennes sans empêchement de travailler doit s'appliquer, selon nous, quel que soit le mode de rémunération et quel que soit le mode de calcul de cette rémunération.

§ 2. Le mode de rémunération

Le mode usuel de rémunération du travail est sans aucun doute le versement du salaire en espèces, qui n'offre pas de difficultés dans le cas qui nous occupe : le travailleur a droit au montant en espèces qui lui aurait été versé s'il avait fourni son travail [6].

L'autre mode de rémunération du travail est celui du salaire en nature. L'art. 335 CO ancien ne le mentionnait pas alors que l'art. 324 a CO dispose, à son premier alinéa, que « l'employeur verse le salaire au travailleur pour un temps limité, y compris une indemnité équitable pour le salaire en nature perdu... » [7]. Cela ne signifie pas que le salaire en nature soit converti en espèces dans tous les cas ; il faut en effet envisager deux hypothèses distinctes :

a) Si le travailleur peut bénéficier du salaire en nature pendant l'empêchement de travailler, l'employeur le lui accorde, sans le convertir en espèces.

[5] Cette précision peut trouver toute sa signification dans les cas de travaux saisonniers. Il faut, bien entendu, qu'il n'y ait pas demeure de l'employeur.

[6] Dans les professions où il est fréquent que le salarié reçoive des pourboires, il faut tenir compte de cette source de revenus lorsqu'elle constitue une part de la rémunération normale du travail. Le travailleur a droit au montant moyen qu'il aurait reçu s'il n'avait pas été empêché de travailler. Cette question a quelque peu perdu de son importance depuis l'entrée en vigueur de la convention collective nationale de travail pour les hôtels, restaurants et cafés, du 5 décembre 1973, dont le champ d'application à été étendu par un ACF du 17 mai 1974. L'art. 24 de cette convention limite en effet le système de rémunération du personnel de service à deux variantes : un salaire fixe ou une rétribution basée sur le chiffre d'affaires. Cette innovation résulte de la généralisation du service compris dans le prix de vente au client.

[7] Si l'employeur finance une assurance destinée à couvrir les frais de pension en cas d'hospitalisation, il faut considérer qu'il est libéré de l'obligation de verser le salaire en nature.

b) Si, en revanche, le travailleur ne peut pas bénéficier du salaire en nature, l'employeur est tenu, aux termes de l'art. 324 a CO, de lui verser une indemnité équitable pour la perte de ce salaire.

On peut se demander s'il était opportun d'insérer cette disposition dans l'art. 324 a CO ; il faut répondre par l'affirmative ; en effet, les commentateurs de l'ancien art. 335 CO estimaient que le salaire en nature ne devait pas être converti en espèces si le travailleur ne pouvait pas en bénéficier pendant son absence [8] (s'il subissait, par exemple, une détention non fautive ou s'il accomplissait une période de service militaire). Katz [9] précisait que cette solution découlait de la nature particulière du salaire en nature qu'il n'était pas possible d'évaluer ; en revanche, dans les cas où une telle évaluation était possible (cas du salaire en nature imputé sur le salaire en espèces), l'employeur devait payer le travailleur entièrement en espèces.

Dorénavant, et quelles que puissent être les difficultés d'apprécier la valeur du salaire en nature, le travailleur a droit à une indemnité dans la mesure où il ne peut pas en bénéficier.

§ 3. Le mode de calcul de la rémunération

L'art 324 a CO ne fait aucune distinction entre le salaire au temps (au mois, à la journée ou à l'heure) et le salaire à la pièce ou à la tâche [10].

Comme son nom l'indique, le salaire au temps est versé *pro rata temporis* de l'empêchement. En ce qui concerne le salaire à la pièce ou à la tâche, le juge doit rechercher quel travail aurait fourni le travailleur s'il n'avait pas été empêché, en tenant compte de toutes les circonstances particulières, notamment des interruptions qui auraient dû normalement se produire pendant son absence.

[8] Voir notamment OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335 CO, nº 25, p. 1263 ; KATZ, *op. cit.* pp. 144 et 145 ; BIRCHMEIER, *op. cit.* p. 103, nº III.

[9] *Op. cit.* p. 145.

[10] Voir à ce propos RSJ 28, p. 118, nº 114 *in fine*, et les conséquences que nous avons dégagées de ce principe au chapitre 1 (p. 55) de la seconde partie de notre travail.

§ 4. Les cas particuliers de rétribution

A côté du salaire ordinaire, il arrive fréquemment que le travailleur reçoive diverses prestations en espèces, soit lors de circonstances particulières, soit au vu du résultat de l'exercice annuel de l'entreprise qui l'emploie.

Il nous importe de savoir si ces prestations sont assimilables au salaire et si elles peuvent par conséquent être réclamées par le travailleur.

Nous traiterons également dans ce paragraphe d'un mode de rétribution particulier à une certaine catégorie de travailleurs, les voyageurs de commerce.

Section 1 : *La gratification*

La gratification est une prestation spéciale versée au travailleur à certaines occasions, en plus du salaire ordinaire, à titre de récompense ou d'encouragement. Elle se distingue de la participation au bénéfice en ce sens qu'elle est indépendante du résultat d'exploitation, si ce n'est quant au principe de son attribution, du moins quant à son montant. Du fait que la gratification est généralement accordée à l'occasion d'événements déterminés (Noël, fin de l'exercice annuel), la question de savoir si le travailleur empêché de travailler y a droit ou non se pose dans deux cas :

1°) Lorsque l'empêchement survient à l'époque où la gratification est allouée,

2°) lorsque l'empêchement en cours d'année a pour conséquence une rupture des rapports de travail.

Nous sommes d'avis que l'employeur doit verser la gratification dans les deux cas (*pro rata temporis* dans le second) [11] dans la mesure où le travailleur y a droit. En effet, bien que la gratification ne soit pas à proprement parler un salaire [12], elle est tout de même en relation étroite avec les rapports de travail et son fondement juridique est le travail du salarié.

[11] Voir dans ce sens DTA, vol. 11, p. 77 et DTA, vol. 9, p. 46.

[12] Il est possible de la considérer comme faisant partie intégrante du salaire lorsque le contrat de travail prévoit que le travailleur a droit à une gratification annuelle d'un montant déterminé et que cette clause n'est assortie d'aucune réserve. Voir DTA, vol. 8, n° 36, p. 73.

La gratification est, de par sa nature, une prestation volontaire ; l'employeur n'est donc tenu de l'octroyer que dans la mesure où un accord le prévoit. Si l'accord revêt la forme écrite, aucun problème ne se pose ; en revanche, la preuve d'un accord tacite est plus difficile à établir ; des actes concluants suffisent, comme le versement annuel pendant de nombreuses années et sans réserves [13].

Les mêmes principes s'appliquent *mutatis mutandis* à la participation au bénéfice de l'entreprise (participation au résultat d'exploitation ou au chiffre d'affaires réalisé).

Section 2 : *La provision*

Comme la participation au bénéfice d'une entreprise, la provision a son fondement dans l'obtention d'un certain résultat ; elle s'analyse comme une participation (calculée généralement en pour-cent) du travailleur à la valeur que représentent les affaires qu'il a conclues ou dont il a préparé la conclusion.

Forme fréquente de rétribution des voyageurs de commerce, elle est généralement un accessoire du salaire mais peut fort bien constituer la seule forme de rétribution.

Elle est donc une rémunération directe du travail du salarié et peut même, dans certains cas, représenter le salaire ordinaire du travailleur.

Il est par conséquent équitable que le travailleur empêché de travailler ait droit à une indemnité pour la provision qu'il eût reçue s'il avait pu fournir son travail ; c'est ce que prévoit l'art. 349 c CO. En revanche, les dépenses professionnelles des voyageurs de commerce (frais de déplacement, indemnités de repas) ne sont pas indemnisées [14], dans la mesure toutefois où elles ne sont pas en rapport si étroit avec le salaire qu'elles exercent une influence sur le niveau de vie du travailleur.

§ 5. Les conséquences du principe de non-enrichissement du travailleur

L'art. 324 a CO a pour but, nous l'avons vu [15], de replacer le travailleur dans les conditions qui eussent été les siennes sans l'empêchement de travailler ; il est donc équitable que l'empêchement ne

[13] Les deux arrêts cités ci-dessus en note 11 le confirment.

[14] En effet, le travailleur n'a plus à supporter ces frais.

[15] *Supra*, § 1 de ce chapitre, pp. 85 et 86.

constitue pas pour lui un motif d'enrichissement [16] ; un tel avantage serait en contradiction avec le caractère social de l'art. 324 a CO [17].

Il s'agit donc d'éviter que le travailleur puisse prétendre à la fois recevoir son salaire de la part de l'employeur et émettre une prétention à l'égard d'une tierce personne qui répondrait des conséquences de l'acte dommageable. La situation dans laquelle l'employeur n'est pas seul à répondre du dommage constitue un cas de responsabilité plurale, régie par les art. 50 et 51 CO. L'art. 50 CO traite de la solidarité parfaite entre plusieurs responsables et présuppose une faute délictuelle commune au sens des art. 41 ss CO ; il nous paraît logique d'écarter cette hypothèse car l'employeur ne va pas commettre à dessein une faute qui l'oblige à verser le salaire [18]. Reste l'art. 51 CO relatif à la solidarité imparfaite ; c'est cette disposition qui nous intéresse en l'espèce ; elle vise la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes répondent du même dommage [19] en vertu de titres différents, soit comme débiteur contractuel, soit comme auteur d'un acte illicite, soit comme sujet d'une responsabilité objective. La première question à laquelle il faut répondre est de savoir auprès de quel responsable le lésé doit agir ; elle concerne les rapports externes entre toutes les parties intéressées. La seconde a trait à la possibilité pour le responsable qui a payé de recouvrer ce qui lui est dû par ses coresponsables ; il s'agit alors des rapports internes entre les responsables.

A. *Les rapports externes*

Le principe de non-enrichissement du travailleur, conséquence du caractère social de la disposition de l'art. 324 a CO et principe reconnu en matière de réparation du dommage [20], exclut l'existence d'un droit

[16] Ce principe souffre cependant quelques exceptions. Voir *infra*, pp. 93 et 94.

[17] OFTINGER, *op. cit.* p. 161, chiffre 5 et p. 309.

[18] Si tel était cependant le cas (nous songeons, par exemple, à l'hypothèse où l'employeur et un complice se rendraient coupables d'un acte illicite sur la personne du travailleur), ce dernier pourrait s'en prendre à l'un ou l'autre responsable et il incomberait au juge d'apprécier, sur la base de l'art. 50, al. 2 CO, si et dans quelle mesure les coresponsables possèdent un droit de recours l'un envers l'autre.

[19] KUHN, *op. cit.* pp. 133 à 136, apporte la preuve que la perte de salaire constitue bien un dommage au sens des dispositions générales du CO.

[20] Voir la référence à Oftinger citée à la note 17 de la page précédente ainsi que le RO 80, II, p. 253 et la RSJ 57, p. 301.

cumulatif du travailleur contre l'employeur et un tiers responsable [21]. Comme chaque responsable répond envers le lésé de la totalité du dommage [22], le travailleur peut actionner le responsable de son choix ; il détient en effet une créance contre chacun d'entre eux. Pratiquement, il est souhaitable que le travailleur puisse recevoir son salaire sans délai afin de subvenir à son entretien et à celui de ses proches ; il a donc intérêt à s'adresser à son employeur (sans attendre, par exemple, le résultat de l'action qu'il a intentée contre le tiers responsable de l'événement dommageable).

B. *Les rapports internes*

Après que le travailleur a été indemnisé des conséquences de son empêchement de travailler, la question se pose dans une deuxième étape de savoir lequel des responsables supporte en dernier lieu le dommage résultant de cet empêchement. En d'autres termes, il convient de savoir si l'employeur qui a payé le salaire peut se retourner contre un tiers qui est également tenu à réparation. C'est le problème de l'action récursoire, qui doit être étudié à la lumière de l'art. 51, al. 2 CO ; cette disposition stipule que « le dommage est, dans la règle, supporté en première ligne par celle des personnes dont l'acte illicite l'a déterminé et, en dernier lieu, par celle qui, sans qu'il y ait faute de sa part ni obligation contractuelle, en est tenue aux termes de la loi ».

Il convient de déterminer préalablement si l'employeur répond du paiement du salaire contractuellement ou légalement ; selon Oftinger [23], la réponse à cette question est fonction de la nature de l'obligation de verser le salaire. Si elle est de nature dispositive, l'employeur répond du paiement contractuellement. Si, en revanche, elle est de nature impérative, l'employeur est tenu légalement. Or l'art. 362 CO est tout-à-fait explicite à ce sujet : l'art. 324 a CO est de nature impérative [24]. En consé-

[21] Avis contraire : consulter l'article d'Alice WEGMANN, paru dans la RSJ 55, pp. 274 ss, critiqué par le tribunal du district de Zurich dans un jugement rendu le 8 septembre 1960 et publié dans la RSJ 57, p. 300. Le Tribunal fédéral avait également admis la possibilité d'un cumul (RO 58, II, p. 254) avant de modifier sa jurisprudence (RO 97, II, p. 265).

[22] RO 89, II, pp. 122 et 123.

[23] *Op. cit.* pp. 309 et 310.

[24] Nous verrons (*infra*, pp. 199 ss) que l'art. 324 a CO est plus exactement de nature relativement impérative, par opposition aux dispositions absolument impératives.

quence, l'employeur répond objectivement de la perte de salaire [25]. Il bénéficie donc d'une action récursoire envers le tiers qui a causé le dommage illicitement ou envers celui qui est tenu de le réparer en vertu d'un contrat [26]. Si le tiers et l'employeur répondent tous deux objectivement du dommage [27], le juge apprécie *ex aequo et bono* si les responsables possèdent un droit de recours les uns contre les autres [28].

Il convient toutefois de relever que l'employeur ne répond objectivement que dans les limites de son obligation légale ; dès lors qu'il s'est engagé à payer le salaire du travailleur empêché au-delà du temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, sa prestation est de nature contractuelle. Son droit de recours est donc modifié en conséquence.

Lorsque l'employeur verse le salaire et se fait ensuite rembourser par un coresponsable tenu de préférence à lui, il ne peut pas invoquer le fait qu'il a déjà fourni sa prestation à raison de l'art. 324 a CO et prétendre l'imputer sur le salaire qu'il peut être appelé à payer lors d'un empêchement ultérieur du travailleur.

Dès lors que le travailleur a reçu le salaire de la part de l'employeur, il ne peut plus le réclamer à un autre responsable du dommage ; il doit donc l'imputer sur les dommages et intérêts qui lui sont dus en réparation du préjudice subi. La jurisprudence fait cependant une distinction selon que le salaire est dû par l'employeur ou qu'il constitue une prestation librement consentie. Dans la première hypothèse, le travailleur a l'obligation d'imputer le salaire sur les dommages et intérêts : le cumul des prestations est exclu [29]. Dans la seconde hypothèse, le salaire peut constituer soit une avance ou un prêt, soit une libéralité. En cas d'avance ou de prêt, le travailleur devient débiteur de l'em-

[25] Même avis : KUHN, *op. cit.* p. 137.

[26] Ce principe n'est pas intangible puisque la loi dit : « ... dans la règle... » ; il peut donc être écarté, dans certaines circonstances, par le juge. Voir à ce sujet ENGEL, *op. cit.* p. 381 et l'arrêt du Tribunal fédéral qui y est cité (RO 76, II, cons. 4, pp. 392 et 393).

[27] Exemple : travailleur victime d'un accident causé par un animal (art. 56 CO) ; l'employeur et le détenteur de l'animal répondent tous deux objectivement du dommage. Il en est de même en cas de responsabilité plurale entre l'employeur et le propriétaire d'un bâtiment (art. 58 CO).

[28] En effet, l'art. 51 CO ne prévoit pas expressément le cas où les responsables répondent en vertu de titres semblables ; l'al. 2 de cette disposition n'est pas applicable et il n'est possible de se fonder que sur les art. 51, al. 1 et 50, al. 2 CO en vertu desquels le juge se prononce selon sa libre appréciation. Voir à ce sujet RO 77, II, cons. 3, p. 248 et RO 80, II, pp. 253 et 254.

[29] Voir à ce propos RSJ 57, p. 300 et RO 97, II, p. 265.

ployeur et sa perte de salaire n'est pas couverte ; il ne doit donc pas l'imputer sur les dommages et intérêts [30]. Si, en dehors de toute obligation, l'employeur verse cependant le salaire sans en exiger le remboursement, sa prestation s'analyse juridiquement comme une donation ; cette libéralité est présumée faite en faveur du travailleur et non pas du tiers responsable ; elle ne doit pas être imputée sur les dommages et intérêts [31]. Il s'agit donc d'un cas dérogeant au principe général de non-enrichissement du travailleur.

Nous ajouterons que les mêmes principes sont valables lorsque le travailleur est assuré obligatoirement auprès de la CNA. Le Tribunal fédéral des assurance a expressément stipulé que les prestations auxquelles l'employeur est tenu doivent être déduites de indemnités journalières pour perte de salaire versées par la CNA dans la mesure où elles entraînent une surassurance au sens de l'art. 74, al.3 LAMA [32]. En revanche, les prestations volontaires de l'employeur ne sont pas prises en considération pour estimer s'il y a ou non surassurance au sens de cette disposition [33].

Exceptions

Nous avons vu que le travailleur bénéficiaire d'une libéralité accordée par l'employeur n'est pas tenu de l'imputer sur les prestations dues par un tiers responsable puisqu'elle est présumée faite en sa faveur. Une telle libéralité profite également au travailleur lorsque ce dernier est obligatoirement assuré auprès de la CNA en ce sens que la caisse ne peut pas la prendre en considération dans le calcul d'une éventuelle surassurance à teneur de l'art. 74, al. 3 LAMA. Il convient de mentionner encore les cas dans lesquels les indemnités journalières d'une assurance contractée volontairement s'ajoutent soit aux prestations dues par un tiers, soit au salaire dû par l'employeur.

1) Lorsque l'employeur et le travailleur conviennent de substituer à l'obligation patronale de payer le salaire l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance, l'art. 96 LCA exclut le recours de l'assu-

[30] JT 1933, I, pp. 126 et 127.

[31] RO 52, II, p. 392 ; JT 1933, I, pp. 126 et 127 ; RO 62, II, p. 290 ; RSJ 57, pp. 300 et 301 ; RO 97, II, p. 265.

[32] RO 97, V, pp. 94 ss.

[33] RO 99, V, pp. 140 ss.

reur contre le tiers responsable du dommage ; en effet, l'assurance d'une indemnité journalière pour perte de salaire entre dans la catégorie des assurances de personnes au sens de l'art. 96 LCA. En conséquence, le travailleur peut exiger cumulativement les prestations de l'assurance et celles du tiers responsable [34].

2) Lorsque le travailleur conclut personnellement un contrat d'assurance lui garantissant le versement d'indemnités journalières pour perte de salaire, il a droit, en cas de réalisation du risque assuré, aux prestations de l'assurance ainsi que, le cas échéant, au salaire dû par l'employeur à raison de l'art. 324 a CO. L'art. 96 LCA empêche l'assureur de se retourner contre l'employeur [35] ; ce dernier, pour sa part, ne peut invoquer aucun moyen de se libérer de l'obligation de payer le salaire puisqu'il n'a pas participé au financement de l'assurance [36].

Citons enfin un cas de cumul des prestations d'une assurance obligatoire avec celles de l'employeur à raison de l'art. 324 a CO : lorsque le travailleur est obligatoirement assuré contre les accidents en qualité de conducteur de motocycles, il peut prétendre à la fois au salaire à teneur de l'art. 324 a CO et à l'indemnité journalière prévue par l'art. 57, al. 1, *lit.* d OAV (à compter du soixantième jour qui suit l'accident et durant une période maximum de deux ans). Ici également, l'art. 96 LCA exclut le recours de l'assureur et l'employeur ne peut se libérer de l'obligation de payer le salaire puisqu'il n'a pas participé au financement de l'assurance.

[34] En matière d'assurances cantonales obligatoires contre les accidents contractées auprès de compagnies privées d'assurance, les parties peuvent déroger à la prescription de l'art. 96 LCA et prévoir le recours de l'assureur contre le responsable si cet élément est pris en considération dans la détermination du montant de la prime. Voir l'art. 1 de l'O du 23 décembre 1966 supprimant des restrictions relatives à la liberté des conventions en matière d'assurances cantonales obligatoires contre les accidents.

[35] Si le travailleur est affilié auprès d'une caisse-maladie reconnue, le cumul n'est possible que dans les limites de l'art. 26 LAMA.

[36] La libération de l'employeur de l'obligation de verser le salaire en cas d'affiliation volontaire du travailleur à une institution d'assurance implique nécessairement une participation au paiement des primes d'assurance. Voir *infra*, cinquième partie, pp. 221 ss.

Chapitre II

LA DUREE DU DROIT AU SALAIRE

§ 1. Les critères de calcul

L'employeur ne saurait être tenu de verser le salaire complet pendant toute la durée de l'empêchement du travailleur sans risquer de compromettre sa situation financière ; aussi le législateur a-t-il prévu une limitation dans le temps du droit du travailleur au salaire.

Le facteur variable permettant de déterminer l'étendue du droit au salaire est donc le laps de temps pendant lequel celui-ci doit être versé. Aux termes de la loi, c'est le salaire complet que le travailleur doit recevoir pendant le temps limité de l'art. 324 a CO et non pas une part du salaire seulement pendant une plus longue période [37].

Le critère principal permettant de fixer la limite du droit au salaire reste, comme c'était le cas avant la revision des titres X et X bis CO [38], la durée des rapports de travail avant la survenance du motif d'empêchement.

Toutefois, la prise en considération de ce seul critère numérique aboutirait à l'application de barèmes préétablis, méthode trop schématique qui ne serait avantageuse ni pour l'employeur ni pour le travailleur. C'est pourquoi la loi mentionne les circonstances particulières, laissant par là une certaine liberté d'appréciation au juge.

[37] Il est possible de prévoir une telle solution par accord, à condition que les prestations de l'employeur soient au moins équivalentes au salaire complet dû pendant le temps limité (art. 324 a, al. 4 CO). Voir *infra*, cinquième partie, pp. 205 à 208. La solution légale prévoit cependant la variation de la durée seulement. C'était déjà le cas sous l'empire de l'ancien art. 335 CO. Consulter à ce sujet KATZ, *op. cit.* p. 144, note 502.

[38] Voir *supra*, première partie, pp. 30 à 32.

Section 1. *La durée des rapports de travail*

Sans être nécessairement proportionnelle à la durée de l'emploi, la durée pour laquelle le travailleur a droit au salaire est cependant toujours proportionnée à celle des rapports de travail [39]. Ce critère est équitable en ce sens que le travailleur qui reste longtemps au service du même employeur doit bénéficier du salaire, en cas d'empêchement de travailler, pendant une plus longue période que celui qui reste moins longtemps au service de cet employeur.

Si le travailleur passe un certain nombre de mois ou d'années de façon ininterrompue et dans les mêmes conditions au service de l'employeur, la durée des rapports de travail, et par conséquent celle de son droit au salaire, peuvent être très aisément déterminées. En revanche, la situation peut se compliquer en raison de circonstances diverses telles que le changement des conditions de travail, le départ momentané du travailleur ou la modification du contrat de travail.

Il peut en effet arriver qu'un travailleur change de fonction ou de secteur d'activité, soit, par exemple, qu'il est appelé à occuper un poste hiérarchique supérieur, soit qu'il est déplacé dans une succursale où l'attendent de nouvelles responsabilités. Ces changements sont généralement accompagnés d'une modification du contrat de travail ; ils ne mettent cependant pas fin aux rapports de travail, qui continuent sous d'autres conditions. La durée d'engagement antérieure est donc prise en considération pour le calcul de la durée du droit au salaire.

Il est plus malaisé de se déterminer lorsque le travailleur quitte l'entreprise pendant un certain temps pour la réintégrer ultérieurement. Une telle suspension momentanée des rapports de travail peut se rencontrer dans l'hypothèse où le travailleur s'absente dans l'intérêt de l'employeur afin de parfaire, par exemple, ses connaissances professionnelles dans une autre entreprise. Elle est en outre fréquente pour des travailleurs saisonniers. A notre avis, l'élément déterminant est de savoir si les parties avaient ou non l'intention de renouer les rapports de travail. Dans l'affirmative, le travailleur doit pouvoir faire valoir l'état de ses services antérieurs [40], même si un nouveau contrat de travail a été conclu par la suite.

[39] Le Conseil fédéral précisait, dans son message (FF 1967, II, p. 342), qu'il n'entendait pas établir de relation immuable entre la durée du travail et la durée de l'obligation de payer le salaire.

[40] Voir dans ce sens DTA, vol. 9, p. 1.

Il nous reste à envisager le cas des années d'apprentissage lorsque l'apprenti continue son activité professionnelle au sein de la même entreprise ; une telle situation est caractérisée par un changement de la nature du contrat et des parties contractantes [41], sans qu'il y ait interruption des rapports de travail. L'art. 324 a CO réglemente tous les rapports de travail de droit privé, y compris ceux des apprentis [42]. Après trois ans d'apprentissage, par exemple, l'apprenti a donc droit approximativement à cinq semaines de salaire en cas d'empêchement de travailler. Dans l'hypothèse où il poursuit son activité auprès de son maître d'apprentissage, il nous semble illogique de faire abstraction de la période d'apprentissage [43] ; en effet, le travailleur n'aurait droit qu'à trois semaines de salaire alors qu'il commencerait sa quatrième année d'activité auprès du même employeur. La récompense de sa fidélité à l'entreprise qui l'emploie se traduirait par une diminution de ses droits.

Ce dernier exemple montre clairement que le critère déterminant en l'espèce est la fidélité du travailleur ; peu importe que les rapports de travail soient temporairement interrompus ou que le contrat de travail soit modifié. L'art. 324 a CO peut donc être considéré, d'une manière générale, comme une disposition visant à récompenser le personnel stable et fidèle à l'entreprise. A un autre point de vue, il peut constituer, dans une certaine mesure, une entrave à la mobilité du personnel.

Il va de soi que le délai d'attente de trois mois, applicable aux contrats de durée indéterminée, est pris en considération dans le calcul de la durée des rapports de service.

Section 2. *Les circonstances particulières*

La loi mentionne les circonstances particulières comme critère utile à déterminer la durée du droit du travailleur au salaire. La prise en

[41] En effet, le contrat de travail fait suite au contrat d'apprentissage : alors que ce dernier était conclu entre le maître d'apprentissage et le représentant légal de l'apprenti, le premier est conclu entre l'employeur et le travailleur qui a terminé son apprentissage.

[42] DTA, vol. 8, p. 34.

[43] SCHWARTZ, *op. cit.* p. 62, partage notre opinion. STEIN, *op. cit.* p. 40, fait mention d'un jugement du tribunal de prud'hommes de la ville de Bâle du 13 mai 1946 qui concluait à la prise en considération de la durée d'apprentissage par analogie avec l'art. 348 CO ancien, dans l'application duquel le temps d'apprentissage devait être compté (selon OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 348, n° 2, p. 1324).

considération de cet élément vise à tempérer la rigueur à laquelle pourrait conduire l'utilisation exclusive du critère de la durée des rapports de travail et permet de tenir compte des caractéristiques de chaque cas d'espèce. La jurisprudence rendue en application de l'ancien art. 335 CO a dégagé un certain nombre de circonstances particulières qu'il est possible de transposer à l'art. 324 a CO [44]. Citons notamment la gravité du dommage subi par l'employeur, la nécessité de remplacer le travailleur pendant son absence, les dimensions de l'entreprise, la capacité financière des parties, l'intention du travailleur de reprendre ou non son activité après la fin de l'empêchement [45], les prestations volontaires fournies par l'employeur, l'âge du travailleur, son état de santé, le nombre d'absences payées antérieurement [46] etc.

D'une façon générale, si les circonstances particulières peuvent influer sur la durée du droit au salaire, leur influence est limitée en ce sens qu'elles ne permettent pas au juge d'accorder le salaire pour une période inférieure au minimum fixé impérativement par la loi.

§ 2. La notion de temps limité

Section 1. *Le minimum légal*

A son alinéa 1, l'art. 324 a CO dispose que l'employeur accorde le salaire au travailleur « pour un temps limité ». Cette expression remplace celle de « temps relativement court » que consacrait l'art. 335 CO ancien. Il semble que ce changement de terminologie n'ait pas une grande portée pratique en ce sens que l'employeur continue à ne pas être tenu de verser le salaire pendant toute la durée de l'empêchement mais seulement pour une période restreinte, qui est fixée en fonction des critères évoqués ci-dessus.

En revanche, l'innovation consistant à fixer un minimum impératif dans la loi est plus importante. En règle ordinaire, le législateur laisse aux parties le soin de fixer d'un commun accord la durée payée de

[44] Voir *supra*, première partie, p. 32.
[45] RSJ 34, p. 105.
[46] RO 84, II, pp. 29 ss ; JT 1958, I, pp. 277 ss.

l'empêchement de travailler ; le juge n'intervient qu'en cas de litige. Cependant, afin de garantir aux travailleurs une durée minimum qui soit uniforme dans tout le pays, le législateur a limité le pouvoir d'appréciation du juge en prescrivant que le travailleur a droit à trois semaines de salaire au moins pendant la première année de service et à une période plus longue dès la seconde.

Ce minimum légal de trois semaines ne s'est pas imposé sans difficultés. Il résulte d'un compromis entre les propositions de deux minorités au sein de la commission du Conseil national ; l'une d'elles désirait que le salaire fût versé au travailleur pour une durée de deux semaines, l'autre pour une durée d'un mois [47]. Rappelons que le projet du Conseil fédéral prévoyait une durée de deux semaines [48], qui, aux yeux de la majorité des membres de la commission, paraissait insuffisante eu égard à la jurisprudence rendue en application de l'ancien art. 335 CO [49].

Les Chambres fédérales, s'inspirant de l'adage *in medio stat virtus*, et considérant par ailleurs qu'une durée d'un mois était une charge trop lourde pour une certaine catégorie d'employeurs, optèrent pour une durée de trois semaines [50].

Au cours des débats parlementaires, le conseiller national Forel proposa de porter ce minimum légal à huit semaines pour la travailleuse qui va accoucher [51]. En attendant la mise sur pied d'une assurance-maternité, le Parlement refusa d'octroyer le salaire pour une période plus longue que trois semaines, craignant qu'une telle charge n'incitât les employeurs à résilier le contrat des travailleuses enceintes [52].

Notons encore que le salaire de trois semaines est celui que doit verser l'employeur dans l'hypothèse d'une incapacité totale ; en cas d'incapacité partielle de travailler, le droit du travailleur court sur un laps de temps plus long, jusqu'à concurrence du montant représentant le salaire de trois semaines.

[47] Bulletin sténographique du Conseil national 1969, pp. 454 ss.

[48] Message du Conseil fédéral, FF 1967, II, p. 446.

[49] Bulletin sténographique du Conseil national 1969, pp. 445 ss ; *supra*, première partie, pp. 30 à 32.

[50] Cette durée de trois semaines est une limite inférieure absolue en vertu du caractère relativement impératif de l'art. 324 a CO.

[51] Bulletin sténographique du Conseil national 1969, pp. 457 à 459.

[52] A ce stade de la discussion, la revision de l'art. 336 e, *lit.* c CO dans le sens décrit plus haut (voir *supra*, deuxième partie, pp. 47 et 48) n'avait pas encore commencé.

Section 2. *L'échelle de Berne*

La loi prévoit qu'après une année de service, le travailleur a droit au salaire pour une période plus longue que trois semaines. Le barème fixant la durée du droit au salaire en fonction de la durée de l'emploi, établi en 1926 par le tribunal de prud'hommes de la ville de Berne [53], et couramment utilisé sous le terme d'« échelle de Berne », continuera sans aucun doute à être appliqué par les tribunaux et à inspirer les réglementations contractuelles entre parties intéressées. Une minorité de députés au sein de la commission du Conseil national a envisagé d'introduire dans le corps de la loi un barème inspiré de l'échelle de Berne. Cette proposition, refusée à une forte majorité [54], présentait des inconvénients que l'interprétation et l'explication de cette échelle illustrent clairement. Avant de nous arrêter à l'interprétation de ce barème bernois, il convient de l'adapter à la nouvelle réglementation de l'art. 324 a CO. Depuis l'introduction dans la loi d'un droit au salaire minimum de trois semaines garanti à tous les travailleurs pendant la première année d'emploi, l'échelle de Berne se présente comme suit :

Durée de l'emploi :	*Durée du droit au salaire :*
3 mois	Aucun salaire, ou salaire pour 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de trois mois
De 3 à 12 mois	3 semaines
De 1 à 2 ans	1 mois
De 2 à 4 ans	2 mois
De 5 à 9 ans	3 mois
De 10 à 14 ans	4 mois
De 15 à 19 ans	5 mois
De 20 à 24 ans	6 mois
etc.	

Bien qu'elle soit moins connue que l'échelle bernoise, nous avons estimé utile de reproduire ci-dessous l'échelle de Bâle qu'appliquent les autorités judiciaires de cette localité [55].

[53] Publié dans la RSJ 24, pp. 137 et 138.
[54] Bulletin sténographique du Conseil national 1969, p. 453.
[55] Elle figure dans les BJM 1973, pp. 279 et 280.

Durée de l'emploi :	*Durée du droit au salaire :*
3 mois	Aucun salaire, ou salaire pour 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de 3 mois
De 3 à 12 mois	3 semaines
De 1 à 3 ans	2 mois
De 3 à 10 ans	3 mois
De 10 à 15 ans	4 mois
De 15 à 20 ans	5 mois
Plus de 26 ans	6 mois

A. *Interprétation de l'échelle de Berne* [56]

Il faut commencer par rappeler que l'échelle bernoise n'a qu'une valeur indicative ; en effet, les tribunaux ne sont nullement liés par les normes qu'elle préconise. Cependant, sa très large application par les tribunaux suisses et sa résistance à l'épreuve du temps prouvent son utilité ; elle permet notamment au juge de disposer d'une durée de référence fixe de laquelle il peut s'écarter plus ou moins selon les circonstances de l'espèce. Les normes du barème bernois sont considérées, d'une façon générale, comme une limite supérieure ; aussi les tribunaux restent-ils le plus souvent en deça de celles-ci.

Lorsque le barème bernois indique que le travailleur a droit, par exemple, à deux mois de salaire, cela signifie qu'il doit se contenter de ce montant pour tous les motifs d'empêchement prévus par l'art. 324 a CO qui surviennent pendant une période de douze mois consécutifs. Si, au cours de la quatrième année de service, le travailleur est victime d'un accident et doit s'absenter du travail, les prestations qu'il a reçues antérieurement de l'employeur en raison d'un empêchement pour cause de service militaire, par exemple, doivent être déduites du salaire dû [57]. Si, en revanche, le même travailleur a reçu son salaire pendant toute la

[56] Notre interprétation de l'échelle bernoise se fonde notamment sur un avis non publié, donné par le tribunal de prud'hommes de la ville de Berne au Département fédéral de justice et police, le 21 mars 1968.

[57] En effet, le temps limité prévu à l'art. 324 a, al. 2 CO est annuel et le travailleur n'a plus droit au salaire s'il a déjà reçu, dans l'année à compter de son engagement, des prestations de l'employeur jusqu'à concurrence de ce temps limité. Cette interprétation ressort du texte même de l'art. 324 a, al. 2 CO qui dispose que « l'employeur paie *pendant la première année de service* le salaire de trois semaines et, ensuite, le salaire pour une période plus longue... » Les parties peuvent convenir de se référer à l'année civile plutôt qu'à l'année contractuelle.

durée d'un empêchement de deux mois survenu alors qu'il accomplissait sa troisième année de service, il a droit à nouveau à deux mois de salaire au cours de sa quatrième année d'activité. La période de référence au-delà de laquelle la durée payée d'un empêchement de travailler n'est pas imputée d'une durée antérieure est donc l'année.

Ainsi, un travailleur au service du même employeur pendant cinq ans aurait droit, à supposer qu'il fasse usage chaque année de son droit maximum au salaire, à une durée payée globale de sept mois et trois semaines [58]. On comprend mieux dès lors que l'échelle de Berne soit généralement considérée comme limite supérieure, et qu'au rang des circonstances particulières influant sur la durée payée de l'empêchement, il soit possible de prendre en considération le nombre d'absences payées antérieurement.

Cet exemple chiffré a été établi en considérant que la période de travail accomplie devait l'être entièrement pour donner droit au salaire pendant la durée correspondante. Dans cette hypothèse, l'échelle bernoise pourrait être formulée de la sorte :

Durée de l'emploi :	*Durée du droit au salaire :*
Jusqu'à la fin du 3e mois	Aucun salaire, ou salaire pour 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de 3 mois
Du début du 4e à la fin du 12e mois	3 semaines
Du début à la fin de la 2e année	1 mois
Du début de la 3e à la fin de la 5e année	2 mois
Du début de la 6e à la fin de la 10e année	3 mois
Du début de la 11e à la fin de la 15e année	4 mois
Du début de la 16e à la fin de la 20e année	5 mois
Du début de la 21e à la fin de la 25e année	6 mois
etc.	

[58] Le calcul est le suivant :

1re année	: trois semaines	total : 7 mois, trois semaines
2e année	: un mois	
3, 4, 5e année	: deux mois	

B. *Critique de l'échelle de Berne et proposition concrète*

L'application sans autre aménagement du barème reproduit ci-dessus conduit à des solutions trop rigides. En effet, la durée du droit au salaire est la même pour le travailleur qui commence sa sixième année d'activité que pour celui qui approche du terme de sa dixième année de service, soit trois mois. Pour remédier à cet inconvénient, les tribunaux se sont quelquefois livré à une interprétation plus souple consistant à interpoler les valeurs du barème bernois ; cette méthode permet, par exemple, d'accorder le salaire pendant six semaines à un travailleur dont l'engagement a duré un an et demi.

En outre, la pratique nous enseigne qu'en cas de rapports de travail de longue durée, donnant droit au salaire pour une période supérieure au délai de congé, l'employeur peut être tenté de rompre le contrat de travail s'il est tenu de verser le salaire trop longtemps [59]. Cette hypothèse se rencontre le plus souvent pour des travailleurs âgés, donc sujets à la maladie, et qui sont au service du même employeur depuis de nombreuses années ; une trop longue durée d'absence payée pourrait inciter l'employeur à résilier le contrat de travail alors même qu'il serait par ailleurs disposé à garder le travailleur en question à son service. Une limitation du droit au salaire en fonction du délai de résiliation du contrat peut donc être dans l'intérêt du travailleur.

L'interprétation de l'échelle de Berne nous a permis de mettre à jour un certain nombre de difficultés d'application pratique que le juge est mieux à même de résoudre que le législateur. Dans l'optique de l'introduction d'un barème du type bernois dans la loi, il aurait fallu prévoir en outre une limite au-delà de laquelle l'employeur n'aurait pas été tenu de payer le salaire. En conséquence, nous ne pouvons que nous réjouir du choix du législateur, qui sert aussi bien les intérêts des employeurs que des travailleurs.

Pour remédier aux inconvénients relevés ci-dessus, notamment au sujet de l'étroite relation entre la durée du droit au salaire et celle du délai de résiliation et des inégalités pouvant naître de l'insuffisance du fractionnement de la période d'activité au service de l'employeur, nous préconisons l'utilisation, à titre indicatif, d'un barème consistant à accorder au travailleur le salaire pour trois semaines au cours de la pre-

[59] Pour plus de détails, voir *infra*, chapitre III, pp. 105 ss.

mière année, puis le salaire pour une semaine supplémentaire pour chaque année d'activité subséquente [60].

Ce barème est le suivant :

Durée de l'emploi :	*Durée du droit au salaire :*
Jusqu'à la fin du 3e mois d'activité	Aucun salaire, ou salaire pour 3 semaines si les rapports de travail ont été conclus pour plus de 3 mois
Du début du 4e à la fin du 12e mois d'activité.	3 semaines
Au cours de la 2e année d'activité	4 semaines
Au cours de la 3e année d'activité	5 semaines
Au cours de la 4e année d'activité	6 semaines
Au cours de la 5e année d'activité	7 semaines
Au cours de la 6e année d'activité	8 semaines
Au cours de la 7e année d'activité	9 semaines
Au cours de la 8e année d'activité	10 semaines
Au cours de la 9e année d'activité	11 semaines
Au cours de la 10e année d'activité	12 semaines etc.

D'après cette échelle, la durée du droit au salaire dans les dix premières années d'activité est toujours égale ou inférieure aux délais de résiliation tels qu'ils sont prévus aux articles 336 a et b CO, sauf au cours des septième, huitième et neuvième année d'activité ; cependant, le délai de deux mois de l'art. 336 b, al. 1 CO est de droit dispositif et il est très fréquent de rencontrer des délais de congé de trois mois pour des durées d'engagement de cette importance.

Un tel barème est, dans l'ensemble, moins favorable aux travailleurs qu'une échelle du type bernois mais nous rappelons que l'employeur est libre d'accorder des prestations plus larges aux travailleurs.

[60] Ce barème est mentionné par le Centre patronal vaudois, *op. cit.* no 13.

Chapitre III

LE DROIT AU SALAIRE ET LA RESILIATION DU CONTRAT

§ 1. Les données du conflit

La durée du droit au salaire en cas d'empêchement de travailler étant principalement fonction de la durée des rapports de travail, il se peut que le travailleur ait droit au salaire pour une période relativement longue ; c'est le cas lorsqu'il reste au service du même employeur pendant de nombreuses années. Or comme le droit au salaire en cas d'empêchement de travailler implique l'existence d'un contrat de travail, la question se pose de savoir si l'employeur a la possibilité de mettre fin aux rapports de travail, et en conséquence au droit du travailleur au salaire, dans le but de se libérer partiellement de l'obligation de payer le salaire du travailleur empêché. Cette hypothèse peut se présenter lorsque la durée du droit au salaire est supérieure à celle du délai — légal ou conventionnel — de résiliation du contrat de travail. L'une des caractéristiques du droit suisse en matière de résiliation des rapports de travail consiste en ce que la partie qui met fin au contrat n'a pas l'obligation d'indiquer les motifs de sa décision, sous réserve des cas de résiliation immédiate. Il nous apparaît dès lors qu'en l'absence d'interdiction de résilier le contrat en cas d'empêchement non fautif du travailleur, l'employeur agit dans les limites de la loi s'il fait usage du droit de résilier le contrat en respectant le délai de résiliation. Est-il cependant en mesure de le faire lorsque son intention est uniquement de limiter la durée du droit du travailleur au salaire, ou au contraire le droit du travailleur est-il garanti indépendamment de la résiliation du contrat ? La doctrine et la jurisprudence relatives aux anciennes dispo-

sitions du titre X CO se sont montrées très divisées à ce propos. Le droit absolu de mettre fin aux rapports contractuels se heurtait, nous semble-t-il, au sentiment qu'une telle rupture ne devait pas pouvoir intervenir alors que le travailleur se trouvait dans des circonstances propres à rendre la cessation des rapports de travail particulièrement pénible. La revision du 25 juin 1971 a tenu compte de ces considérations en accordant aux travailleurs empêchés de travailler sans faute de leur part une garantie minimum contre la résiliation du contrat par l'employeur.

§ 2. Les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence avant la revision du 25 juin 1971

D'aucuns estimaient [61], sous l'empire de l'ancien art. 335 CO [62], que le droit du travailleur au salaire ne devait pas être limité par le droit de l'employeur de mettre fin aux rapports de travail. Ils s'opposaient à ce que l'employeur pût faire usage de son droit de résilier le contrat dans l'unique dessein de se libérer partiellement de l'obligation de payer le salaire dans les cas où la durée du droit du travailleur au salaire dépassait celle du délai de résiliation ; ils voyaient dans cette pratique un acte contraire aux relations de bonne foi, voire un abus de droit au sens de l'art. 2, al. 2 CCS [63]. Certains tribunaux adoptèrent cette conception et nièrent le droit de l'employeur de résilier le contrat si cette rupture visait à éviter l'application de l'art. 335 CO ancien dans toutes ses conséquences [64].

Cette attitude nous semble, *a posteriori*, parfaitement compréhensible ; il pouvait paraître injuste qu'une disposition à caractère social, telle que l'art. 335 CO ancien, pût être détournée au moyen d'une rupture des rapports de travail ; en outre, cette manière d'agir se mani-

[61] SCHWARTZ, *op. cit* p. 60 ; KATZ, *op. cit.* p. 199.

[62] Et sous l'empire des anciennes dispositions relatives à la résiliation du contrat de travail.

[63] BILLETER, *op. cit.* pp. 62 à 67 estime que l'art. 2 CCS n'est pas applicable à la résiliation du contrat de travail ou qu'à tout le moins il est insuffisant pour protéger efficacement la victime d'une résiliation injustifiée.

[64] Voir l'arrêt du 26 août 1970 de la Cour d'appel du canton de Bâle-Ville, paru dans les BJM 1970, p. 281. Voir également un arrêt du tribunal de prud' hommes de la ville de Zurich paru dans la RSJ 22, p. 104.

festait toujours dans les cas où le travailleur avait passé un très grand nombre d'années au service de l'employeur ; il pouvait paraître choquant que la récompense de cette fidélité fût abruptement écartée par une rupture des rapports de travail ; non seulement le travailleur perdait une part du droit au salaire mais il se trouvait sans emploi et, de plus, à une période difficile puisqu'elle correspondait à un empêchement de travailler. Ces critiques étaient certes justifiées, mais la loi ne permettait pas de remédier aux inconvénients décrits [65]. Dès lors qu'elle autorisait les parties à rompre le contrat de travail sans indication de motifs, ou qu'elle ne contenait aucune prescription qui interdît ou restreignît le droit de congédier un travailleur empêché de travailler, rien ne s'opposait à ce que l'employeur mît fin au contrat pour le motif, avoué ou non, qu'il craignait d'être astreint à verser le salaire trop longtemps. Les commentateurs du CO [66] partageaient cette opinion, en regrettant quelques fois que la loi ne permît pas de remédier à cet état de fait [67]. Le Tribunal fédéral lui-même examina la question et conclut que le droit du travailleur au salaire était limité par les délais de résiliation du contrat [68].

Il ressort clairement de toutes ces considérations que le remède au conflit entre le droit du travailleur au salaire et le droit de l'employeur de mettre fin aux rapports de travail relevait des dispositions relatives à la résiliation du contrat de travail. C'est sur ce terrain qu'il convenait en effet d'offrir certaines garanties au travailleur absent contre les conséquences abruptes de la rupture des relations contractuelles. Cette circonstance n'a pas échappé au législateur qui a complété les prescriptions concernant la résiliation du contrat de travail lors de la revision du 25 juin 1971.

[65] BILLETER, dans sa thèse, apporte la preuve que le droit suisse est déficient en matière de protection de la victime d'une résiliation abusive ; voir notamment pp. 301 ss.

[66] Voir OSER-SCHÖNENBERGER, *op. cit. ad* art. 335, n° 23, p. 1262, et BECKER, *op. cit.*, n° 13, p. 376.

[67] C'était notamment le cas de SCHWEINGRUBER (1), *op. cit.* pp. 68 et 69.

[68] Il disposa, dans un arrêt du 4 février 1958, paru au RO 84, II, pp. 29 ss et traduit au JT 1958, I, pp. 277 ss : « une maladie indépendante de la faute de l'employé et de durée relativement courte ne constitue pas un juste motif de résiliation (art. 352, al. 3 CO) mais elle n'interdit pas à l'employeur d'user de son droit de congé contractuel ou légal et de tracer ainsi une limite à la créance de salaire fondée sur l'art. 335 CO. » La Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois soutint la même thèse dans un arrêt non publié du 11 décembre 1962. Voir dans le même sens RSJ 35, p. 50 et BJM 1973, p. 280.

§ 3. La limite du droit au salaire « de lege lata »

La revision du titre X CO n'a pas introduit dans la loi de véritable limitation au droit de l'employeur de rompre le contrat de travail ; en effet, le travailleur ne bénéficie d'aucune protection générale contre les licenciements abusifs [69] ; plutôt que d'imposer à l'employeur l'obligation d'indiquer les motifs du renvoi du travailleur et de donner à ce dernier la possibilité de se défendre dans les cas que la loi aurait estimés dignes de protection, le législateur de 1971 a introduit dans le CO la notion de résiliation en temps inopportun. S'inspirant de la réglementation de la loi du 18 juin 1914 sur le travail dans les fabriques [70] et de la loi du 1er avril 1949 restreignant le droit de résilier un contrat de travail en cas de service militaire [71], il s'est contenté de frapper de nullité le congé donné au travailleur empêché de travailler pour cause de service militaire et de protection civile obligatoires, de maladie, d'accident, de grossesse ou encore de service ordonné par l'autorité fédérale dans le cadre de l'aide à l'étranger. La résiliation est nulle si elle intervient dans un laps de temps englobant la durée de l'empêchement ainsi qu'une durée déterminée précédant ou (et) suivant l'absence du travailleur. Cette réglementation est contenue à l'art. 336 e CO qui dispose :

— al. 1 : « Après le temps d'essai, l'employeur ne peut pas résilier le contrat :

a) Pendant que le travailleur accomplit un service militaire et un service de protection civile obligatoires à teneur de la législation fédérale ni, pour autant que ce service ait duré plus de douze jours, durant les quatre semaines qui précèdent et qui suivent ;

[69] SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.* pp. 239 à 243, traite sommairement de la protection du travailleur en droit suisse contre la résiliation des rapports de travail et compare notre législation à celle d'autres pays plus avancés dans ce domaine.

[70] Les articles 23 a, 23 b et 69 de cette loi, qui protégeaient les travailleurs contre une résiliation de leur contrat en cas de maladie, de service militaire, de grossesse et d'accouchement, ont été abrogés par la LF du 25 juin 1971 revisant les titres X et X bis CO ; voir l'art. 6, chiffre 3, des dispositions finales et transitoires de cette loi.

[71] Cette loi a été abrogée par la LF du 25 juin 1971, conformément à l'art. 6, chiffre 5 des dispositions finales et transitoires.

b) Au cours des quatre premières semaines d'une incapacité de travail résultant d'une maladie ou d'un accident dont le travailleur est victime sans sa faute ; cette période est portée à huit semaines dès la deuxième année de service ;

c) Au cours des huit semaines qui précèdent ou suivent l'accouchement d'une travailleuse ;

d) Au cours des quatre premières semaines pendant lesquelles le travailleur accomplit, dans le cadre de l'aide à l'étranger, un service ordonné par l'autorité fédérale. »

— al. 2 : « Le congé donné pendant une des périodes prévues à l'alinéa précédent est nul ; si, avant l'une de ces périodes, le congé a été donné sans que le délai de résiliation ait expiré, ce délai est suspendu et ne continue à courir qu'après la fin de la période. »

— al. 3 : « Lorsque les rapports de travail doivent cesser à un terme, tel que la fin d'un mois ou d'une semaine de travail, et que ce terme ne coïncide pas avec la fin du délai de résiliation qui a recommencé à courir, ce délai est prolongé jusqu'au prochain terme » [72].

Outre cette disposition, l'art. 337, al. 3 CO stipule qu'un empêchement non fautif du travailleur ne peut en aucun cas constituer un juste motif de rupture du contrat de travail ; sans cette précaution, il serait facile à l'employeur de détourner la disposition de l'art. 324 a CO.

Afin d'étudier les conséquences de la résiliation par l'employeur du contrat de travail sur le droit du travailleur au salaire, il convient d'envisager deux hypothèses :

[72] La rédaction de l'art. 336 e CO est particulièrement mauvaise. Afin de faciliter la compréhension de cette disposition, il convient d'y apporter les modifications suivantes :

al. 1, *lit.* a *in initio* : Pendant que le travailleur accomplit un service militaire ou un service de protection civile
in fine : durant les quatre premières semaines qui précèdent et les quatre semaines qui suivent.
al. 1, *lit.* c : Au cours des huit semaines qui précèdent et des huit semaines qui suivent l'accouchement d'une travailleuse.
al. 2 : ... si, avant l'une de ces périodes, le congé a été donné et si le délai de résiliation n'est pas encore expiré au début de cette période, ce délai est suspendu...

I. *Le travailleur est empêché de travailler sans qu'il y ait faute de sa part*

L'employeur ne peut pas résilier le contrat à sa guise ; il est tenu par les délais conventionnels ou légaux et il est limité au surplus par la disposition de l'art. 336 e CO. Si la durée du droit du travailleur au salaire est inférieure au délai de résiliation absolu [73], le travailleur reste lié par le contrat de travail, bien qu'il ne reçoive plus de salaire pendant la période correspondant à la différence entre les deux durées mentionnées [74]. Si, en revanche, la durée du droit au salaire dépasse le délai de résiliation absolu, le travailleur ne peut plus bénéficier du droit au salaire à raison de l'art. 324 a CO si l'employeur fait usage de son droit de mettre fin aux rapports de travail. Le contrat de travail étant rompu, le travailleur ne peut plus fonder sa créance en salaire sur l'art. 324 a CO. Même si l'employeur met fin aux rapports de travail dans le but de se soustraire partiellement à l'obligation de payer le salaire, le travailleur ne dispose d'aucun moyen. Le droit de l'employeur de résilier le contrat, en respectant les restrictions apportées à ce droit par l'art. 336 e CO, constitue donc une limite absolue du droit du travailleur à raison de l'art. 324 a CO [75].

II. *L'empêchement du travailleur est fautif*

Il importe, à notre sens, que le juge ne retienne que la faute intentionnelle au titre de faute justifiant l'application de l'art. 337 CO. De la sorte, le droit du travailleur au salaire cesse en même temps que les rapports de travail qui peuvent être interrompus *sine die* pour justes motifs. Si l'employeur résilie le contrat immédiatement en alléguant que l'empêchement du travailleur est fautif et que le juge estime la faute trop légère pour justifier une telle rupture, le travailleur a droit au salaire, ou pour le moins à une part du salaire, déduction faite, le cas

[73] Nous entendons par l'expression « délai de résiliation absolu » le délai de résiliation légal ou conventionnel augmenté de la durée pendant laquelle l'employeur ne peut congédier le travailleur en vertu de l'art. 336 e CO.

[74] Voir ci-après la dernière remarque du § 4, p. 112.

[75] SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.* p. 113 et KUHN, *op. cit.* p. 136, partagent la même opinion. Voir également le message du Conseil fédéral, *in* FF 1967, II, p. 398.

échéant, d'un montant proportionné à la gravité de la faute. Si le juge admet qu'une faute grave du travailleur suffit à entraîner l'application de l'art. 337 CO, le contrat de travail, et par voie de conséquence, le droit du travailleur au salaire, prend fin alors que seule la faute intentionnelle — c'est du moins l'opinion que nous avons soutenue — entraîne la suppression du droit au salaire au sens de l'art. 324 a CO. L'harmonisation de la notion de faute aux art. 324 a et 337 CO est une condition nécessaire à l'application logique de ces deux dispositions.

§ 4. De quelques problèmes liés à la résiliation du contrat de travail

Lorsque c'est le travailleur et non l'employeur qui prend l'initiative de résilier le contrat de travail, le salaire à teneur de l'art. 324 a CO lui est dû s'il est empêché de travailler pendant le délai de résiliation. Le risque de fraude de la part du travailleur est évidemment élevé, notamment lorsqu'il invoque une maladie comme motif d'empêchement. Il importe alors à l'employeur de se montrer sévère dans l'appréciation de la véracité du certificat médical produit et d'exiger, le cas échéant, que le travailleur soit examiné par un médecin de son choix. En cas de fraude du travailleur, le droit au salaire est inexistant puisque le motif d'empêchement n'est pas réalisé.

Plus difficile est la question de savoir si le travailleur peut décider, dans la mesure où il a la possibilité de le faire, de subir une intervention médicale pendant le délai de résiliation. La Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, dans un arrêt non publié du 26 mars 1963, stipulait à ce propos : « Un employé congédié ne saurait profiter du délai de congé pour se soumettre à une intervention qu'en temps usuel il aurait différée, le cas échéant *sine die* ou à laquelle il ne se serait prêté qu'après avoir donné, suffisamment à l'avance, avis à son patron pour lui permettre de disposer utilement ». *In casu*, la Chambre des recours réduisit la prétention du travailleur en raison de son comportement qu'elle qualifia de « fautif ». Il est périlleux d'établir en l'espèce une règle générale à observer tant la situation particulière des parties est déterminante. C'est au juge qu'il appartient de décider, en tenant compte des règles de la bonne foi, si les intérêts de l'employeur à ne pas verser le salaire dans le cas d'empêchements ne présentant aucune urgence médicale sont prépondérants ou si, au contraire, l'intérêt du travail-

leur à ne pas être astreint à quitter le travail au début de son activité auprès de son futur employeur mérite protection.

En cas de conclusion d'un contrat de durée déterminée, nous savons que le droit du travailleur au salaire naît dès le premier jour de l'entrée en service [76]. Lorsque le travailleur se trouve empêché de travailler dès le second jour consécutif à son engagement, il a droit au salaire pour une période de trois semaines. A supposer qu'il reçoive le salaire correspondant à cette période, qu'il ne reprenne pas le travail et que l'employeur résilie le contrat pour justes motifs au sens de l'art. 337 CO, ce dernier peut-il recouvrer le salaire versé ? Si le juste motif de rupture a trait à l'empêchement de travailler (en cas de maladie simulée, par exemple), l'employeur peut réclamer le salaire versé sans cause en vertu de l'art. 62, al. 2 CO. Si le juste motif de résiliation est sans rapport avec l'empêchement du travailleur (vol par exemple), l'employeur ne peut pas contester le droit du travailleur au salaire si les conditions d'application de l'art. 324 a CO sont réunies. Il peut cependant invoquer l'art. 337 b CO en vue d'obtenir la réparation du dommage causé par le travailleur.

Dans l'hypothèse où le délai de résiliation du contrat est plus long que la durée du droit du travailleur au salaire, l'employeur est tenu de garder le travailleur à son service, bien que ce dernier n'ait plus droit au salaire. Ce maintien des rapports contractuels a son importance car si le travailleur décède des suites d'une maladie ou d'un accident, l'employeur est tenu de verser le salaire pour un mois encore, voire deux mois si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, aux personnes désignées à l'art. 338, al. 2 CO. En effet, il nous semble que l'élément déterminant pour l'application de l'art. 338, al. 2 CO n'est pas que le travailleur jouisse encore de son salaire mais qu'il soit encore au service de l'employeur. Ce dernier peut donc avoir intérêt à faire usage de son droit de rompre le contrat à l'échéance du délai de résiliation, même si le droit du travailleur au salaire est éteint.

[76] Voir *supra*, deuxième partie, p. 80, note 121.

Quatrième partie

L'obligation limitée de verser le salaire

(étude de l'art. 324 b CO)

Chapitre premier

INTRODUCTION

L'obligation faite à l'employeur de verser le salaire lorsque les conditions d'application de l'art. 324 a, al. 1 CO sont réunies peut, nous le verrons dans la cinquième partie, être remplacée par l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance, dans la mesure où l'employeur prend une partie des primes d'assurance à sa charge. En vertu du caractère relativement impératif de l'art. 324 a CO [1], cette libération de l'employeur n'est possible que si les prestations d'assurance échéant au travailleur sont au moins équivalentes à celles qu'il eût été en droit d'attendre de la part de l'employeur [2]. Dans un tel système d'affiliation volontaire à une institution d'assurance, les rapports entre l'obligation de l'assurance et celle de l'employeur de supporter les conséquences économiques de l'empêchement du travailleur ne donnent lieu à aucune difficulté puisque l'une se substitue à l'autre [3].

Il en va différemment en cas d'assurance obligatoire ; en effet, l'employeur et le travailleur n'ont plus la faculté de choisir l'un ou l'autre système. Le législateur a donc dû harmoniser les règles du droit du contrat de travail et celles des assurances obligatoires afin d'éviter qu'elles entrent en conflit et que le travailleur puisse prétendre à la fois aux prestations de l'employeur et de l'assurance. C'est le but de l'art. 324 b CO. A la base de la réglementation visant à coordonner le versement du salaire et celui des prestations des différentes branches d'assurances

[1] Voir art. 362, al. 1 CO.

[2] Voir *infra*, cinquième partie, pp. 220 ss.

[3] La notion d'équivalence au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO pose en revanche un certain nombre de problèmes.

obligatoires, nous retrouvons le principe voulant que le travailleur ne se trouve pas enrichi du fait d'un empêchement de travailler [4]. Un cumul des prestations de l'employeur et de l'assurance serait en effet possible puisque certaines assurances obligatoires ont pour but de prendre en charge non seulement les conséquences économiques directes des risques d'empêchement de travailler (tels que les frais médicaux ou pharmaceutiques entraînés par la maladie ou les accidents), mais également les conséquences indirectes, à savoir la perte de salaire [5]. Il convient donc de décider qui, de l'assurance intéressée ou de l'employeur va supporter en dernier lieu la perte de salaire résultant de l'empêchement.

L'ancien art. 335 CO ne contenait aucune disposition analogue à celle de l'art. 324 b CO ; les rapports entre le droit du contrat de travail et celui des assurances obligatoires étaient réglementés dans les différentes lois régissant les assurances en question, ou ne l'étaient pas du tout [6].

Nous avons déjà traité brièvement des rapports entre la LAMA et l'art. 335 CO ancien et nous avons également fait allusion aux relations entre cet article et le régime des APG [7]. Sans nous attarder sur ce sujet, il nous a paru utile de rappeler quel était l'état du droit avant la revision du titre X CO dans les diverses branches d'assurances obligatoires ; cette démarche nous permettra de mieux comprendre le genèse du nouvel art. 324 b CO et l'effort d'unification auquel le législateur a dû consentir pour parvenir à une solution qui soit satisfaisante pour les différentes branches d'assurances en question.

[4] Voir *supra*, troisième partie, pp. 89 ss.

[5] Voir notamment la LAMA et la LAM. L'une d'entre elles a même pour unique but de remédier aux conséquences de la perte de gain, celle instaurée par le régime des APG. Précisons que c'est par un abus de langage que l'on parle d'assurance à propos du régime des APG et de l'assurance militaire. Voir *infra*, pp. 181 et 189.

[6] C'était le cas des rapports entre le CO et la LAM.

[7] Voir *supra*, première partie, p. 26 et pp. 33 à 35.

Chapitre II

RESUME DE LA REGLEMENTATION LEGALE AVANT LA LF DU 25 JUIN 1971 CONCERNANT LES RAPPORTS ENTRE LE CO ET LES ASSURANCES OBLIGATOIRES

Seules les assurances obligatoires visant à couvrir un risque d'empêchement prévu à l'art. 324 a CO méritent notre attention [8] ; il s'agit exclusivement des risques d'accident, de maladie, de grossesse et de service militaire (y compris le service de protection civile). Nous ne traiterons donc que les cas de la LAMA, de la LAM et de la LAPG, nous réservant d'étudier par la suite le régime des diverses assurances-accidents et maladie non régies par la LAMA.

§ 1. La LAMA

Les rapports entre la LAMA et le CO, relativement au sujet qui nous occupe, étaient régis par l'art. 130 LAMA [9], qui traitait à son premier alinéa de l'assurance-maladie, à son second alinéa de l'assurance-accidents obligatoire et qui mentionnait enfin, dans un troisième alinéa, le cas de l'assurance-accidents volontaire, laquelle, rappelons-le, n'est jamais entrée en vigueur.

En cas d'affiliation à une caisse d'assurance reconnue couvrant le risque de maladie (et de grossesse), l'employeur qui avait contribué au paiement des primes pour la moitié au moins était autorisé à déduire du salaire dû à raison de l'ancien art. 335 CO les prestations versées par

[8] Sur la notion d'assurance obligatoire au sens de l'art. 324 b CO, voir *infra*, pp. 144 et 145.

[9] Abrogé par l'entrée en vigueur de l'art. 324 b CO. Voir article 6, chiffre 2 des dispositions finales et transitoires de la LF du 25 juin 1971.

la caisse d'assurance. L'employeur n'était donc pas libéré de l'obligation de verser le salaire, que l'assurance fût volontaire ou obligatoire ; il n'y avait en effet aucune raison de traiter différemment la première de la seconde étant donné que la reconnaissance de la caisse par le Conseil fédéral accordait les mêmes garanties aux assurés [10].

En ce qui concerne l'assurance-accidents, la réglementation instaurée par l'art. 130, al. 2 LAMA était peu claire ; elle prévoyait qu'en cas d'accident, l'employé n'avait pas droit au salaire s'il était obligatoirement assuré auprès de la CNA et si l'employeur avait payé les primes dont il était tenu. La question litigieuse, dans l'optique de l'étude comparative de l'ancienne réglementation et de l'art. 324 b CO, est celle de savoir si la libération de l'employeur de l'obligation de verser le salaire s'appliquait exclusivement aux accidents professionnels, ou si elle s'étendait également aux accidents non professionnels. En effet, aux termes de l'art. 108, al. 1 LAMA, l'employeur supporte seul le paiement des primes afférentes aux accidents professionnels et il était par conséquent logique qu'il fût libéré de l'obligation de payer le salaire ; en revanche, la prime afférente aux accidents non professionnels est supportée intégralement par le travailleur en vertu du second alinéa de ce même article 108 LAMA. L'art. 113 LAMA autorise l'employeur à retenir sur le salaire les primes versées pour la couverture des accidents non professionnels. Juridiquement, c'est donc bien l'employeur qui est débiteur de la prime globale relative aux accidents à l'égard de la CNA ; il n'en reste pas moins qu'économiquement, c'est le travailleur qui supporte le financement de l'assurance des accidents non professionnels. La formulation peu claire de l'art 130, al. 2 LAMA est à l'origine de l'incertitude sur le point de savoir si, en cas de versement de la totalité de la prime relative aux accidents, dont une part était retenue sur le salaire du travailleur, l'employeur était libéré de l'obligation de payer le salaire en cas d'accident non professionnel. Une interprétation littérale de la loi autorise à conclure que l'employeur était libéré de son obligation s'il avait versé les primes correspondant aux accidents professionnels, primes « dont il était tenu ». Cette interprétation fut à la base de la pratique fort répandue consistant à libérer l'employeur de

[10] Nous verrons par la suite que l'assurance-maladie, qu'elle soit facultative ou obligatoire, échappe à la réglementation de l'art. 324 b CO (*infra*, chapitre 6, pp. 175 ss). En outre, nous examinerons les conséquences de l'abrogation de l'art. 130, al. 1 LAMA (*infra*, cinquième partie, pp. 242 à 245).

l'obligation de payer le salaire dès que la CNA était intervenue. Si cette pratique pouvait se justifier sur le plan de la logique [11], nous pensons qu'elle ne correspondait pas à l'esprit de l'art. 130, al. 2 LAMA, qui ne visait à libérer l'employeur qu'en cas d'accidents professionnels [12]. En effet, dans son projet du 10 décembre 1906 [13], le Conseil fédéral n'avait pas prévu d'instituer une assurance obligatoire contre les risques d'accidents non professionnels ; celle-ci n'a été insérée dans la loi qu'après les délibérations des Chambres fédérales [14], sans que l'on modifiât l'art. 130, al. 2 LAMA en conséquence [15] ; en effet, le législateur ne concevait de libérer l'employeur de son obligation que si ce dernier fournissait une autre prestation. Comme c'était le cas aussi pour l'affiliation volontaire à une compagnie privée d'assurance, cette prestation consistait, dans l'assurance obligatoire, en une participation au versement des primes [16] ; or l'employeur ne participait nullement au paiement des primes relatives aux accidents non professionnels et il ne se justifiait pas de le libérer du versement du salaire dans ces cas là.

En résumé, l'art. 130, al. 2 LAMA libérait l'employeur sitôt que le travailleur était empêché pour cause d'accident professionnel et que la CNA allouait ses prestations ; si l'empêchement était dû à un accident non professionnel, l'employeur aurait dû verser le salaire pendant le temps relativement court de l'art. 335 CO ancien. Par analogie avec la solution rendue à l'art. 130, al. 1 LAMA, il était autorisé à déduire du salaire les prestations versées par la CNA (un

[11] Voir *infra*, pp. 152 et 153.

[12] Même avis : MAURER, *op. cit.*, pp. 214 et 215 ; BERENSTEIN, *in « législation et jurisprudence récentes »*, p. 70 ; HUG (1), *op. cit.*, p. 199 et HUG (2), *op. cit.*, p. 19 ; WEGMANN (2), *op. cit.*, pp. 175 à 182 ; voir également l'art. 17, al. 1 du règlement tessinois concernant l'assurance contre les accidents dans les entreprises non assujetties à la LAMA (*infra*, pp. 172 et 173).

[13] FF 1906, p. 229 et pp. 405 ss.

[14] Voir MAURER, *op. cit.*, p. 214, note 45.

[15] L'art. 130, al. 2 LAMA a le même fondement et la même genèse que l'art. 129, al. 2 LAMA, qui ne s'applique qu'aux accidents professionnels ; voir RO 67, II, pp. 231 ss.

[16] Certes, nous verrons (*infra*, p. 184) que l'employeur ne participe pas au financement de l'assurance militaire et qu'il est néanmoins libéré de son obligation à raison de l'art. 324 a CO ; l'élément déterminant n'est cependant pas de savoir si l'employeur est tenu à une prestation ou non mais de s'assurer que le travailleur ne supporte pas de prestations supérieures à celles de l'employeur. Ce principe a été exprimé et approuvé à maintes reprises au cours des délibérations de la commission du Conseil national (*infra*, chapitre 3, p. 131). Il est sanctionné, en matière d'assurance volontaire, par l'art. 331, al. 3 CO (voir à ce propos cinquième partie, p. 222).

cumul des prestations de l'assurance et de l'employeur eût contredit le principe de non-enrichissement du travailleur) [17]. Cela signifie en d'autres termes que l'employeur devait verser, pendant un temps relativement court, la différence entre le salaire plein et les prestations de l'assurance, soit le 20 % du salaire, et il devait également payer le salaire pendant le délai d'attente institué par l'art. 74, al. 1 LAMA.

C'était le point de vue du Conseil fédéral qui, dans son projet [18], ne prévoyait la libération de l'employeur que pour les accidents professionnels. Cette réglementation n'a cependant pas résisté aux multiples modifications dont ce projet a été l'objet, et le texte définitif de l'art 324 b CO adopté par les Chambres prévoit qu'en cas d'assurance obligatoire contre les accidents, qu'ils soient professionnels ou non, l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire dans la mesure où les prestations de l'assurance atteignent les quatre cinquièmes du salaire [19].

§ 2 La LAM

L'accomplissement d'un service militaire, obligatoire ou volontaire, ou d'un service de protection civile, entraîne automatiquement la couverture des risques d'accidents et de maladie inhérents à cette activité. L'expression d'« assurance militaire » est impropre car les bénéficiaires ne participent pas au paiement des « primes » [20] qui sont prises en charge exclusivement par la Confédération. Les prestations de l'assurance militaire, qui comprennent notamment une indemnité journalière pour perte de gain, s'analysent donc comme une aide financière de l'Etat. Nous rangerons cependant cette institution au rang des assurances obligatoires à teneur de l'art. 324 b CO car la LAM confère aux travailleurs astreints à un service militaire ou un service de protection civile les mêmes droits qu'une assurance publique [21].

[17] Voir *supra*, pp. 89 ss. Voir aussi l'art. 26, al. 1 LAMA : l'assurance ne doit pas être une source de gain pour les assurés.

[18] FF 1967, II, p. 446 et *infra*, p. 125.

[19] Sur la portée de cette modification, voir *infra*, pp. 152 et 153.

[20] En réalité, il n'y a pas de primes. Le Département militaire fédéral, auquel l'organisation et l'administration de l'assurance sont attribuées, conformément à l'article premier de l'ACF du 27 décembre 1949 concernant l'assurance militaire, prévoit un poste dans son budget pour couvrir les dépenses afférentes à l'assurance.

[21] *Infra*, p. 184.

La loi fédérale sur l'assurance militaire du 20 septembre 1949 ne réglemente pas les rapports entre les prestations de l'assurance militaire et celles que le CO impose à l'employeur. Lorsque le travailleur est atteint dans sa santé pendant une période de service militaire ou de protection civile, la perte de gain est couverte par les allocations *ad hoc* [22]. En revanche, lorsqu'une maladie se déclare après une période de service et que son origine remonte à cette période [23], le problème du concours entre les prestations de l'assurance militaire et le salaire dû par l'employeur peut se poser.

Sous l'empire de l'ancien art. 335 CO, l'absence de réglementation légale avait contraint l'assurance militaire à élaborer certaines règles pratiques qui pouvaient se résumer comme suit :

— lorsque l'employeur payait le salaire sans réserves, l'assurance militaire n'intervenait pas ; elle estimait en effet que le travailleur ne subissait aucune perte de gain tant qu'il recevait les prestations de l'employeur ;

— lorsque l'employeur payait le salaire en se réservant le droit de bénéficier des prestations de l'assurance militaire, celle-ci versait les indemnités journalières pour perte de gain.

L'assurance militaire reconnaissait donc implicitement qu'elle était tenue de préférence à l'employeur ; elle profitait cependant de la négligence des employeurs qui ne prenaient pas la précaution de subordonner le paiement du salaire à l'encaissement des indemnités journalières d'assurance.

Dans un arrêt du 13 juillet 1970 [24], le tribunal de prud-hommes de la ville de Bâle a disposé que l'employeur n'était pas tenu de payer le salaire lorsque l'assurance militaire avait l'obligation de verser ses prestations. Il a en outre précisé que l'employeur ne devait pas compléter les indemnités journalières d'assurance jusqu'à concurrence du salaire complet. Cette solution résultait d'une application analogique de l'art.

[22] A propos des relations entre les prestations de l'assurance militaire et les APG, voir *infra*, pp. 182 et 183.

[23] Ces cas sont pris en charge par l'assurance militaire en application de l'art. 6 LAM.

[24] BJM 1972, pp. 177 et 178.

130, al. 2 LAMA eu égard à la similitude de la proportion du salaire couverte. Cette interprétation préfigurait en quelque sorte la réglementation de l'art. 324 b CO.

A défaut de réglementation spéciale, l'obligation de l'assurance militaire d'intervenir résultait du texte légal. En effet, la LAM précise, en son article 15, que les prestations d'assurance doivent être accordées dès le jour du constat médical de l'atteinte à la santé ou du dommage économique, même si l'annonce du cas n'est faite que plus tard. Le texte de la loi est clair : même s'ils avaient eu leur origine pendant une période de service militaire ou de protection civile, l'accident ou la maladie qui s'étaient déclarés après coup entraient dans le champ d'application de la LAM et les conséquences économiques qu'ils entraînaient étaient à la charge de l'assurance. Certes, l'employeur n'était pas astreint au paiement de tout ou partie des primes d'assurance, mais puisque la loi enjoignait à l'assurance militaire d'utiliser les contributions de la Confédération pour remédier aux conséquences d'un empêchement de travailler consécutif à l'accomplissement d'un service militaire, il ne se justifiait pas de les laisser à la charge de l'employeur.

L'introduction de l'art. 324 b CO a remédié aux lacunes de la loi ; il prévoit expressément la libération de l'employeur lorsque l'assurance militaire est tenue d'intervenir et que ses prestations couvrent la perte de salaire à concurrence des quatre cinquièmes.

§ 3 La LAPG

Le dernier régime d'assurance [25] obligatoire qui retiendra notre attention est celui des allocations pour perte de gain aux militaires et aux personnes astreintes au service de protection civile. Bien que l'employeur ne supporte pas en majeure partie le paiement de la cotisation à la caisse de compensation [26], l'art. 32 LAPG [27] disposait que l'art. 335 CO n'était pas applicable aux personnes qui avaient droit aux allocations en vertu de ladite loi.

[25] Voir *infra*, p. 189 si l'on peut parler d'assurance à propos de ce régime.

[26] C'est l'ensemble des cotisants à l'AVS qui assument le financement de cette assurance.

[27] Abrogé par la LF du 25 juin 1971 : art. 6, chiffre 8 des dispositions finales et transitoires.

Ainsi, le préjudice financier que subissaient les travailleurs en raison de leurs obligations militaires ou de protection civile n'étaient pas à la charge des employeurs. La libération de l'employeur était inconditionnelle, quelles que fussent les prestations servies par la caisse [28] et quelle que pût être la durée du service accompli. La diversité des prestations offertes aux travailleurs soumis aux mêmes obligations était source d'inégalités. Si ce régime a pu apparaître comme très favorable au cours de la seconde guerre mondiale, il s'est avéré insuffisant par la suite, surtout en regard de la modicité des montants versés à certaines catégories de travailleurs et des inégalités évoquées ci-dessus. C'est la raison pour laquelle bien des employeurs allèrent au-delà de leurs obligations légales et prirent l'habitude d'octroyer aux travailleurs le salaire complet pendant la période de leurs cours de répétition ; ils se réservaient par ailleurs le droit de retenir sur le salaire les allocations qui devaient échoir aux travailleurs.

Aussi le nouvel art. 324 b CO, en abrogeant l'art. 32 LAPG et en substituant une libération partielle de l'employeur à une libération complète, a-t-il tenté d'instaurer une réglementation qui soit plus proche de la pratique ; si elle constitue, dans l'ensemble, un progrès pour les travailleurs, elle ne leur garantit cependant pas le plein salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a CO ; les employeurs, pour leur part, doivent compléter très souvent les allocations pour perte de gain ; une solution satisfaisante ne peut donc être aménagée sans relever le montant de celles-ci [29].

§ 4 Conclusions

En résumé, avant l'entrée en vigueur de l'art. 324 b CO, les relations entre l'obligation de l'employeur de payer le salaire et celle des assurances obligatoires de verser des indemnités pour perte de salaire étaient réglementées de manière disparate et insatisfaisante. Ce n'est pas le moindre mérite de l'art. 324 b CO que d'avoir contribué à unifier cette matière, source d'incertitudes et de conflits.

[28] Voir *infra*, pp. 190 et 191 ; les prestations varient selon l'état civil du travailleur astreint et d'après les charges de famille qu'il doit supporter.

[29] Voir *infra*, pp. 195 et 196.

Ce travail de réunification a suscité des débats nombreux et nourris tant aux Chambres qu'au sein de leurs commissions ; sans vouloir entrer dans le détail de ces délibérations, il nous a paru utile, pour mieux comprendre l'art. 324 b CO, de nous attarder quelque peu sur sa genèse en retraçant l'évolution qui fut la sienne depuis le texte du projet du Conseil fédéral jusqu'à la version définitive.

Chapitre III

LA GENESE DE L'ART. 324 b CO

§ 1. Le projet du Conseil fédéral [30]

Sous le titre « réglementation divergente », le projet du Conseil fédéral envisageait la libération de l'employeur de l'obligation de verser le salaire dans deux cas : l'accident professionnel lorsqu'il était assuré auprès de la CNA, ou un accord écrit dérogatoire entre employeur et travailleur accordant à ce dernier des prestations au moins équivalentes à celles que lui garantissait l'art. 324 a CO.

A son premier alinéa, l'art. 324 b CO disposait en effet : « en cas d'accident professionnel, le salaire n'est pas payé au travailleur qui est assuré obligatoirement auprès de la CNA et pour lequel l'employeur a acquitté les primes d'assurance ». Le second alinéa ajoutait : « un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective de travail peut déroger à l'art. 324 a CO à condition d'accorder au travailleur, dans l'ensemble, des prestations au moins équivalentes ».

L'alinéa 1 du projet du Conseil fédéral ne faisait que reprendre, en le précisant, le second alinéa de l'ancien article 130 LAMA. Cette précision — limitation de la libération de l'employeur aux seuls accidents professionnels — confirme l'opinion que nous avons exprimée au chapitre précédent [31] ; elle se justifiait par le fait que les primes afférentes à ce risque sont entièrement à la charge de l'employeur.

L'art. 130 LAMA était abrogé par le projet du Conseil fédéral ; en effet, l'objet de son premier alinéa était dès lors soumis à la réglemen-

[30] FF 1967, II, p. 446.
[31] *Supra*, pp. 119 et 120.

tation de l'art. 324 b, al. 2 CO, le second était remplacé par l'art. 324 b, al. 1 CO et le troisième alinéa n'était pas repris puisqu'il était resté lettre morte [32].

Le cas des accidents non professionnels n'était donc pas réglé par le projet ; en l'absence de disposition expresse, il faut admettre que l'employeur n'était pas libéré, mais qu'il pouvait déduire du salaire dû les prestations versées par la CNA [33].

L'alinéa 2 du projet du Conseil fédéral visait à permettre le remplacement de l'obligation de l'employeur de payer le salaire par un accord dérogatoire ; de telles conventions prévoyaient généralement l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance à laquelle l'employeur versait une partie des primes ; elles libéraient l'employeur dans la mesure où le salaire du travailleur était couvert pour la moitié au moins pendant toute la durée des prestations de l'assurance. De telles solutions se rencontraient fréquemment dans les contrats-types de travail et les conventions collectives de travail, avant même la revision du titre X CO ; elles sanctionnaient le caractère relativement impératif de l'art. 335 CO, tel que l'avait dégagé la jurisprudence [34].

A l'origine, l'art. 324 b CO devait donc contenir toute la réglementation dérogatoire au principe fondamental, formulé à l'art. 324 a CO, selon lequel l'employeur devait verser le salaire pour un temps limité dans les cas et aux conditions que nous avons étudiés plus haut.

Il faut encore rappeler (il s'agit du troisième cas de libération de l'employeur) le contenu de l'art. 5 des dispositions finales et transitoires du projet, qui reprenait, en l'adaptant au nouvel art. 324 a CO, l'ancien art. 32 LAPG, lequel libérait l'employeur de ses obligations à raison de l'art. 335 CO ancien envers les travailleurs astreints au service militaire ou au service de protection civile qui avaient droit aux allocations pour perte de salaire.

Donc, en dehors d'une convention écrite substituant au salaire une prestation équivalente, l'employeur n'était libéré de l'obligation de verser le salaire, pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, qu'en

[32] On peut s'étonner que ce soit à l'occasion de la revision du contrat de travail (et si tardivement) que le législateur ait supprimé une disposition de la LAMA parce qu'il n'en avait pas été fait usage.

[33] Il n'y avait donc pas de changement par rapport à la réglementation antérieure relativement à l'assurance-accidents.

[34] Pour plus de détails, voir *infra*, cinquième partie, pp. 209 ss.

cas d'accident professionnel assuré auprès de la CNA et de service militaire ou de protection civile.

Nous verrons par la suite qu'en raison de l'extension de l'alinéa 1 (exception à l'obligation de l'employeur en cas d'assurance obligatoire contre les accidents professionnels) à toutes les assurances obligatoires susceptibles d'entrer en concours avec l'obligation de l'employeur de payer le salaire, l'art. 324 b CO s'est limité à ce type d'exceptions et l'alinéa 2 du projet du Conseil fédéral est devenu l'alinéa 4 de l'art. 324 a CO du texte définitif [35].

§ 2. Du projet du Conseil fédéral au rapport du professeur Hug

Le projet du Conseil fédéral avait le mérite de trancher la question épineuse de savoir si l'employeur était libéré ou non en cas d'accident non professionnel ; il prévoyait en effet que seuls les accidents professionnels libéraient l'employeur. Cependant, il ne donnait aucun renseignement sur la façon de traiter le cas des accidents non professionnels, pas plus qu'il ne se préoccupait de celui de l'assurance-maladie auprès d'une caisse reconnue. C'est pourquoi le premier souci des commissions parlementaires fut de modifier le projet dans le sens d'une plus grande précision, en différenciant mieux les solutions à donner en cas d'accident professionnel, d'accident non professionnel, de maladie en cas d'assurance auprès d'une caisse reconnue ainsi que de maladie assurée auprès d'une compagnie privée d'assurance. En outre, la libération de l'employeur à l'égard du travailleur astreint à un service militaire ou de protection civile et indemnisé conformément à la LAPG, ne paraissait pas souhaitable à bon nombre de députés, qui considéraient l'art. 32 LAPG comme suranné et inadapté à la pratique. La tendance générale des premières délibérations au sein des commissions fut de ne libérer que partiellement l'employeur dans les cas évoqués ci-dessus. Encore l'étendue de cette libération devait-elle être précisée. S'il était admis qu'elle fût complète dans le cas des accidents professionnels, elle était très contestée dans les autres hypothèses, où l'on préconisait une

[35] Nous étudierons plus loin (voir cinquième partie, p. 203) les raisons qui ont poussé les Chambres fédérales à insérer le deuxième alinéa du projet du Conseil fédéral dans l'art. 324 a CO et nous tenterons de dégager la portée de cette modification (voir notamment *infra*, p. 196).

libération partielle, c'est-à-dire dans les limites seulement des prestations de l'assurance ; en conséquence, l'employeur devait verser le salaire pendant le temps limité instauré à l'art. 324 a, al. 2 CO en y imputant les prestations servies par l'assurance.

La grande difficulté à laquelle se heurtaient les députés était de trouver une formulation suffisamment souple pour comprendre les différentes assurances en cause. En outre, une partie d'entre eux n'admettait pas que l'on traitât différemment le cas des accidents professionnels de celui des accidents non professionnels. Autant de raisons qui incitèrent la commission du Conseil national à prier le professeur Hug de tenter de rassembler toutes les exceptions à l'obligation de l'employeur de verser le salaire dans une disposition générale.

Ce dernier se mit au travail et présenta le 10 avril 1969 un rapport intitulé « les exceptions légales à l'obligation de l'employeur de verser le salaire en cas d'empêchement de travailler » [36].

§ 3. Le rapport du professeur Hug

La question fort complexe d'une réglementation générale des exceptions à l'obligation de l'employeur de verser le salaire nécessitait une étude des relations entre cette obligation et les différentes branches d'assurances sociales d'une part et les assurances privées d'autre part.

Reprenant la possibilité (exprimée à l'art. 324 b, al. 2 du projet du Conseil fédéral) d'une dérogation à l'obligation de l'employeur par le biais de l'affiliation à une institution d'assurance, le professeur Hug préconisait de ne pas inclure de tels accords dans les exceptions légales à l'obligation de l'employeur. A son sens, le régime des assurances contractées volontairement devait échapper à une réglementation légale afin de conserver une certaine souplesse qui permît de mieux tenir compte des intérêts en jeu. De ce fait, toutes les affiliations à des compagnies privées d'assurance étaient écartées du champ d'application de l'art. 324 b CO. Parmi les assurances sociales, seules celles qui étaient obligatoires furent prises en considération [37].

[36] Rapport non publié destiné aux membres de la commission du Conseil national et du Conseil des Etats.

[37] Sur la distinction entre assurances sociales et assurances obligatoires, voir *infra*, pp. 144 et 145.

Donc, en matière d'assurance-maladie, seule l'affiliation obligatoire [38] à une caisse reconnue était susceptible d'entraîner l'application de l'art. 324 b CO.

Ainsi, sous réserve de l'assurance-maladie cantonale obligatoire [39], les rapports entre les prestations de l'employeur et celles des assurances contre la maladie devaient être régis par l'art. 324 b, al. 2 du projet du Conseil fédéral [40], l'art. 324 b, al. 1 se limitant à règler les relations entre le CO et les assurances obligatoires contre les accidents, l'assurance-militaire et le régime des allocations pour perte de gain. Comme c'était le cas pour l'affiliation à une assurance privée, le professeur Hug préconisa, pour les assurances obligatoires, la libération de l'employeur en la soumettant toutefois à certaines conditions.

Le principe fondamental à la base de la libération de l'employeur en cas d'assurance obligatoire réside en ceci que le travailleur bénéficie d'une prétention de nature publique lui garantissant certaines prestations fixées impérativement par la loi. Du point de vue du travailleur, les indemnités journalières d'une assurance obligatoire, même si elles sont inférieure au plein salaire, sont versées pendant un laps de temps beaucoup plus long que la période limitée prévue à l'art. 324 a, al. 2 CO, ceci compensant cela. Du point de vue de l'employeur, la libération se justifie par le fait que celui-ci participe, en principe, au financement de cette assurance.

Les deux conditions nécessaires à la libération de l'employeur en cas d'assurance obligatoire — il conviendra d'examiner si elles sont remplies à propos de chaque assurance obligatoire qui nous intéresse — étaient donc que les prestations de l'assurance fussent suffisantes et que l'employeur participât au financement de celle-ci.

Une fois posées les conditions de la libération de l'employeur, encore fallait-il fixer l'étendue de cette libération. A cet égard, deux possibilités étaient à envisager : la première consistait à libérer l'employeur complètement, la seconde à ne le libérer que dans les limites des pres-

[38] Rappelons qu'en l'état actuel de notre législation, ce sont les cantons seuls qui ont la compétence de déclarer l'assurance-maladie obligatoire (art. 2, al. 1 LAMA).

[39] Que nous étudierons au chapitre 6 (*infra*, pp. 175 ss) afin de savoir si l'art. 324 b CO lui est applicable.

[40] Dont le professeur Hug souhaitait faire une disposition séparée, raison pour laquelle il n'a pas traité des accords dérogatoires à l'art. 324 a CO dans le rapport qui nous intéresse.

tations versées par l'assurance. Le professeur Hug a tenu compte de ces deux possibilités en proposant un texte contenant deux variantes :

— *Variante 1* : « Si le travailleur est assuré obligatoirement en vertu d'une disposition légale contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler dû à des motifs inhérents à sa personne et que la perte de salaire à raison de l'empêchement est couverte pour la moitié au moins par l'assurance, l'employeur n'a pas à verser le salaire dans la mesure où le travailleur n'a pas de contributions à verser à l'assurance ou des contributions qui ne soient pas supérieures à celles de l'employeur ».

— *Variante 2* : « Si le travailleur est assuré obligatoirement en vertu d'une disposition légale contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler dû à des motifs inhérents à sa personne et que la perte de salaire à raison de l'empêchement est couverte pour la moitié au moins par l'assurance, l'employeur est libéré de son obligation de verser le salaire dans les limites des prestations servies par l'assurance dès que le travailleur ne doit pas verser des contributions supérieures à celles de l'employeur ou qu'il ne doit pas en verser du tout ».

La condition généralement admise, sous l'empire de l'art. 335 CO ancien, pour que l'affiliation à une compagnie privée d'assurance pût se substituer à l'obligation de l'employeur, selon laquelle celui-ci devait supporter la moitié des primes d'assurance ne pouvait pas être transposée dans adaptation en matière d'assurance obligatoire. Si l'on peut considérer en effet que cette condition est remplie aux termes de la LAMA [41], il en va différemment pour la LAM et la LAPG. Dans le premier cas en effet, l'employeur ne supporte aucune contribution, de même que le travailleur, puisque c'est la Confédération, par ses ressources générales, qui pourvoit au financement de cette assurance. Dans le second cas, employeurs et travailleurs concourent pour une part égale à la couverture des primes relatives aux allocations pour perte de

[41] On peut admettre d'une manière générale que l'employeur finance approximativement la moitié de la prime globale destinée à couvrir les risques d'accidents, par analogie avec les assurances-accidents contractées volontairement dans lesquelles l'employeur verse la moitié de la prime comme couverture des risques d'accidents professionnels et le travailleur l'autre moitié à titre de couverture des risques d'accidents non professionnels. Voir cependant *infra*, p. 153.

gain, mais ces dernières ne sont financées que partiellement par les travailleurs assurés et leurs employeurs ; en effet, l'ensemble des allocations est supporté par un cercle de personnes beaucoup plus étendu que celui des bénéficiaires puisqu'il s'agit de toutes les personnes obligatoirement soumises aux cotisations de l'AVS.

Comme le montraient les deux variantes proposées par le professeur Hug, l'exigence du versement par l'employeur de la moitié des primes d'assurance avait dû être abandonnée afin que le texte pût s'adapter à toutes les branches d'assurances obligatoires [42]. Dans l'esprit du législateur, elle avait été remplacée par la condition que le travailleur n'eût pas à supporter de contributions supérieures à celles de l'employeur [43], exigence satisfaite tant par la LAMA [44] que la LAM et la LAPG.

La seconde condition posée par le professeur Hug à la libération de l'employeur avait trait à la couverture minimum du salaire pendant la durée des prestations de l'assurance. Les indemnités journalières des assurances obligatoires ne couvrent jamais le 100 % du salaire, ceci afin d'éviter des abus et de décourager les assurés trop enclins à s'absenter de leur travail. Dans le système d'assurance, la réduction du salaire est compensée par la longue durée des prestations, qui sont versées bien au-delà du temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO. L'exigence d'une couverture du salaire de 50 % au moins a été reprise des conditions généralement admises sous l'empire de l'ancien art. 335 CO pour que les prestations d'une assurance volontaire puissent se substituer valablement à celles de l'employeur ; l'équivalence entre le régime du CO et celui de l'assurance était en effet admise, d'une manière générale, lorsque le salaire était couvert à raison de 50 % pendant une longue durée. Nous reviendrons par la suite sur le pourcentage minimum du salaire qui doit être couvert, tant en matière d'assurance obligatoire [45] qu'en cas d'assurance volontaire [46]. Il convient maintenant d'examiner brièvement quelles étaient les différences entre les deux variantes pro-

[42] Cette suppression permettait en outre de mettre les accidents professionnels et non professionnels sur un même pied.

[43] Nous avons déjà évoqué ce principe plus haut. Voir *supra*, p. 119, note 16.

[44] Nous pouvons objecter que l'effort financier du travailleur obligatoirement assuré auprès de la CNA peut être plus important que celui de l'employeur dans les entreprises où les risques d'accidents professionnels sont faibles.

[45] Voir *infra*, pp. 136 ss, 153 et 154.

[46] Voir *infra*, cinquième partie, pp. 226 à 230.

posées par le professeur Hug ; cette question est importante pour la suite de notre étude, car elle fut à l'origine de l'affrontement de deux groupes au sein des Chambres fédérales à propos de l'étendue de la libération de l'employeur [47].

La première variante préconisait la libération pure et simple de l'employeur ; elle correspondait à la solution proposée par le Conseil fédéral, dans son projet, pour les accidents professionnels obligatoirement assurés auprès de la CNA. Par rapport à la législation en vigueur avant la revision du titre X CO, ce texte apportait les modifications suivantes :

— LAMA : 1. accidents professionnels : aucun changement
2. accidents non professionnels et maladie : avantage pour les employeurs qui n'étaient plus tenus de compléter les prestations d'assurance pendant le temps limité.

— LAM : rétablissement de la libération de l'employeur lorsque l'assurance militaire était tenue d'intervenir. Au vu de l'état de la pratique, allégement pour certains employeurs [48].

— LAPG : le principe de la libération de l'employeur était maintenu tel que le prévoyait l'art. 32 LAPG. Cependant, l'employeur devait compléter, pour le temps limité, les prestations de la caisse de compensation lorsqu'elles ne couvraient pas la moitié du salaire. Devait-il les compléter jusqu'à concurrence de 50% ou de 100 % du salaire ? Bien que le texte du projet ne le précisât pas, on peut estimer qu'il devait les compléter jusqu'à concurrence du salaire complet [49]. Régime plus avantageux pour les travailleurs.

La seconde variante prévoyait une libération partielle de l'employeur en ce sens qu'il n'était libéré que dans la limite des prestations

[47] Voir *infra*, § 5, pp. 136 ss.

[48] On pourrait également considérer que la libération de l'employeur n'aurait dû être que partielle : voir la seconde variante.

[49] Cette précision n'a été apportée qu'à la fin des débats parlementaires. Voir *infra*, p. 139.

offertes par l'assurance ; en conséquence, l'employeur restait débiteur de la différence entre ces prestations et le salaire effectif dû pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO. Au regard du régime antérieur, nous pouvons rapidement établir quelques comparaisons :

— LAMA : accidents professionnels : désavantage pour les employeurs qui devaient compléter les prestations de la CNA alors qu'ils étaient libérés sans conditions auparavant.

accidents non professionnels et maladie : *statu quo ante.*

— LAM : régime moins avantageux que celui de la libération complète mais charge relativement modeste eu égard aux prestations versées par l'assurance militaire [50].

— LAPG : désavantage pour les employeurs qui, libérés entièrement auparavant, devaient compléter les allocations pour perte de gain, souvent très modestes [51].

Ce petit aperçu des changements qu'entraînait l'adoption de l'une ou l'autre variante du professeur Hug suffit pour comprendre que les représentants des employeurs aux Chambres fédérales soutinrent la première variante alors que les représentants des travailleurs donnèrent leurs voix à la seconde.

§ 4. Les projets des commissions des deux Conseils

Section 1 : *Le projet de la commission du Conseil national*

Le vote au sein de la commission du Conseil national relatif au choix de l'une ou l'autre variante fut relativement serré, les adeptes

[50] Voir *infra*, pp. 184 et 185.

[51] Le professeur Hug ne précisait pas non plus, dans cette seconde variante, ce qu'il advenait lorsque la moitié du salaire n'était pas couverte ; il s'est exprimé à ce sujet après le vote de la commission du Conseil national sur le choix de l'une ou l'autre variante : voir ci-après, p. 134.

de la seconde l'emportant finalement par douze voix contre huit [52]. L'issue de ce vote a permis au professeur Hug de préciser le sens de la variante 2. La libération de l'employeur dans la limite des prestations d'assurance avait pour conséquence que celui-ci devait compléter les indemnités journalières d'assurance jusqu'à concurrence du plein salaire (et non pas de la moitié seulement de ce salaire). En cas d'assurance obligatoire auprès de la CNA, l'employeur devait donc verser, pendant le temps limité, le 20 % du salaire non couvert. La condition que le salaire fût couvert pour la moitié au moins par l'assurance ne se rapportait, d'après l'auteur du projet, qu'au cas de libération totale de l'employeur ; elle a de ce fait été écartée de la variante 2.

Le but recherché par la majorité de la commission du Conseil national était de garantir aux travailleurs le plein salaire pendant un temps limité dans tous les cas et de subroger l'employeur dans les droits du travailleur envers l'assureur pour cette période. C'est la raison pour laquelle la proposition de la majorité de la commission du Conseil national, inspirée de la seconde variante du projet Hug, s'intitulait : « transfert de la créance en prestations de l'assurance ». Elle disposait que « si le travailleur est obligatoirement assuré en vertu des dispositions légales contre les conséquences économiques d'un empêchement au travail dû à des motifs inhérents à sa personne et ne résultant pas d'une faute de sa part, et s'il n'est pas assujetti au paiement de cotisations ou n'a pas à verser de contributions supérieures aux cotisations de l'employeur, celui-ci est dès lors subrogé aux droits du travailleur envers l'assureur pour la période pendant laquelle le salaire est versé » [53].

La proposition de la minorité de la commission du Conseil national, favorable à une libération totale de l'employeur, fut également soumise à l'examen du Conseil national ; elle reprenait la variante 1 du projet Hug : « si le travailleur est obligatoirement assuré en vertu des dispositions légales contre les conséquences économiques d'un empêchement au travail dû à des motifs inhérents à sa personne et si la perte de gain qui en résulte est couverte au moins à 50 % par l'assurance, l'employeur n'a pas à payer le salaire en tant que le travailleur n'est plus assujetti au

[52] Procès-verbal non publié de la neuvième séance de la commission du Conseil national, tenue à Berne, le 30 avril 1969.

[53] Bulletin sténographique du Conseil national 1969, p. 461 ; séance du 24 juin 1969.

paiement de cotisations ou n'a pas à verser des contributions supérieures aux cotisations de l'employeur » [54].

Section 2 : *Le projet de la commission du Conseil des Etats*

La commission du Conseil des Etats, soucieuse de ne pas bouleverser le droit en vigueur, renonça à la variante 2 du projet Hug, qui entraînait d'importantes modifications tant pour l'assurance-accidents obligatoire que pour le régime des allocations pour perte de gain. Elle donna donc sa préférence à la variante 1 qui, à ses yeux, avait le mérite d'éviter que les assurés bénéficiant déjà de la longue durée pendant laquelle l'assurance versait ses prestations ne jouissent encore du plein salaire pendant le temps limité. Elle adopta un texte proche de celui de la minorité de la commission du Conseil national [55] mais quelque peu différent dans sa forme [56], qui disposait, sous le titre « exceptions » : al. 1 : « l'employeur n'est pas tenu de payer le salaire si le travailleur est, en vertu d'une disposition légale, assuré obligatoirement contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne ». Al. 2 : « l'obligation de verser le salaire subsiste cependant si le travailleur est tenu légalement de verser à l'assurance des cotisations supérieures à celles de l'employeur ou si les prestations de l'assurance ne couvrent pas au moins la moitié de la perte de gain » [57].

Outre la question de technique législative, ce texte présentait, à notre avis, deux défauts. D'une part, en maintenant l'exigence de la participation de l'employeur au financement des primes pour moitié au moins, il laissait subsister la difficulté relative au financement de l'assurance militaire et des allocations pour perte de gain ; d'autre part,

[54] Bulletin sténographique du Conseil national 1969, p. 461 ; séance du 24 juin 1969.

[55] Pour ce qui est du fond, les deux textes ne variaient que sur les modalités de la participation de l'employeur au versement des primes.

[56] La rédaction du projet de la commission du Conseil des Etats nous paraît moins heureuse que celle du professeur Hug, reprise par la minorité de la commission du Conseil national ; cette dernière en effet exprime la même idée sans devoir recourir à l'exception de l'exception au principe fondamental de l'art. 324 a CO.

[57] Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1970, p. 327 ; séance du 10 septembre 1970.

il manquait de précision dans la seconde condition de la libération de l'employeur ; en effet, en ne précisant pas que, dans l'hypothèse où le 50 % du salaire n'était pas couvert, les prestations d'assurance étaient imputées sur le salaire, il laissait la porte ouverte à un éventuel cumul de prestations.

Nous verrons que cette proposition fut néanmoins à l'origine du choix du texte définitif, après modification sur l'objet de la double critique émise ci-dessus.

§ 5. Les nouvelles propositions de la commission du Conseil national ; le texte définitif

Ensuite des critiques formulées au sein de la commission du Conseil national sur les deux points évoqués au paragraphe précédent, majorité et minorité de cette commission présentèrent un nouveau projet ; l'un et l'autre textes ne faisaient plus état de l'exigence du versement minimum de la moitié des primes par l'employeur ; celui de la minorité apportait en outre la précision qui faisait défaut au second alinéa du projet de la commission du Conseil des Etats.

— Proposition de la majorité : « exceptions » : si le travailleur est obligatoirement assuré, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement au travail dû à des motifs inhérents à sa personne et ne résultant pas d'une faute de sa part, l'employeur est dispensé, pour la période de paie prévue à l'art. 324 a CO, de verser le salaire à concurrence des montants dus par l'assurance ».

— Proposition de la minorité : « exceptions » :

al. 1 : « l'employeur n'est pas tenu de payer le salaire si le travailleur est, en vertu d'une disposition légale, assuré obligatoirement contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne ».

al. 2 : « l'obligation de verser le salaire subsiste cependant si les prestations de l'assurance ne couvrent pas au moins la moitié de la

perte de salaire, étant entendu qu'elles pourront alors être imputées sur le salaire » [58].

Ainsi, aux termes du second alinéa de ce deuxième texte, l'employeur devait verser le salaire pendant le temps limité si les prestations d'assurance étaient inférieures au 50 % du salaire. Il est difficile de comprendre pourquoi cette part du salaire a été choisie comme limite inférieure, puisqu'elle ne correspondait à aucune des proportions prévues dans les différentes assurances obligatoires ; cette réserve à la libération de l'employeur ne s'appliquait que dans le cas des allocations pour perte de gain aux militaires célibataires [59]. Sans doute inspirée des couvertures minimums exigées pour les prestations des assurances volontaires qui se substituaient au régime légal sous l'empire de l'ancien article 335 CO, cette proportion du salaire ne se justifiait nullement en l'espèce.

La question fut débattue au sein de la commission du Conseil national de porter la part du salaire qui devait être couverte pour permettre la libération de l'employeur de 50 % à 80 %. Reprenant cette idée, le député Meyer-Boller fit la proposition suivante au Conseil national :

— al. 1 : sans changement.

— al. 2 : « le salaire doit cependant être versé pour les quatre cinquièmes lorsque les prestations en espèces dues par l'assureur ne couvrent plus jusqu'à concurrence de cette proportion la perte de gain subie en raison de l'empêchement de travailler ; il est entendu que ces prestations peuvent être imputées sur le salaire » [60].

Cette proposition a été bien accueillie par la commission du Conseil des Etats, qui préconisa son adoption, et qui fut suivie dans cette voie par le Conseil des Etats lui-même [61]. Elle avait l'avantage de rappro-

[58] Bulletin sténographique du Conseil national 1970, pp. 722 ss ; séance du 8 décembre 1970.

[59] Ceux-ci en effet ne reçoivent que le 30 % de leur salaire conformément à l'art. 9, al. 2 LAPG.

[60] Bulletin sténographique du Conseil national 1970, pp. 722 ss ; séance du 8 décembre 1970.

[61] Bulletin sténographique du Conseil des Etats 1971, p. 63 ; séance du 3 mai 1971.

cher le droit du contrat de travail avec la LAMA, branche des assurances sociales la plus importante au regard des art. 324 a et b CO ; elle allait, d'une manière générale, dans le sens de la proposition des partisans d'une libération totale puisqu'aussi bien la LAMA que la LAM couvrent actuellement la perte de salaire à concurrence des quatre cinquièmes [62]. Moyen-terme entre la libération totale de l'employeur et l'obligation de compléter les prestations d'assurance pendant le temps limité, elle avait le mérite, aux yeux de ses partisans, d'éviter un cumul de l'avantage des prestations de longue durée de l'assurance avec la garantie du plein salaire pendant une période limitée. Elle allait à l'encontre des objectifs des partisans d'une obligation patronale de verser dans tous les cas le salaire plein pendant le temps limité. Le choix à opérer était dès lors soit l'obligation pour l'employeur de verser le salaire complet pendant le temps limité, soit la libération de ce dernier si les prestations de l'assurance couvraient la perte de salaire à concurrence de 80 %. A ce stade de la discussion, l'obligation patronale de payer le salaire plein pendant le temps limité renaissait si le 80 % du salaire n'était pas couvert. L'employeur devait donc compléter les prestations de l'assurance jusqu'à concurrence de la totalité du salaire [63].

Du point de vue rédactionnel, la proposition Meyer-Boller fut remaniée par le professeur Hug afin d'éviter de recourir à un second alinéa qui consistait en une exception de l'exception au principe de l'art. 324 a CO ; il substitua donc à la libération de l'employeur suivie de son exception une libération seulement partielle. Cette formulation, qui est approximativement celle de la version du texte définitif, était la suivante : « si le travailleur est obligatoirement assuré, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler dû à des motifs inhérents à sa personne et ne résultant pas d'une faute de sa part, l'employeur ne doit payer le salaire pour une période limitée

[62] Elle représentait une amélioration pour la LAPG, mais moindre que celle du Conseil des Etats, puisque l'employeur ne complétait plus les indemnités d'assurance jusqu'à 100 % du salaire mais seulement jusqu'à 80 % (voir ci-dessous, note 63). En revanche, elle rétablissait l'égalité de traitement entre les militaires célibataires et les militaires mariés ; tous deux bénéficiaient en effet des quatre cinquièmes du salaire alors qu'auparavant le premier recevait le 100 % (puisque son salaire n'était couvert qu'à concurrence de 30 % — art. 9, al. 2 LAPG — et que l'employeur n'était donc pas libéré), et le second devait se contenter des trois quarts (art. 9, al. 1 LAPG).

[63] L'idée que l'employeur ne devait compléter les prestations de l'assurance que jusqu'à concurrence du 80 % du salaire ne fut exprimée que plus tard (voir ci-après, p. 139, note 65).

au sens de l'art. 324 a que dans la mesure où les prestations ne couvrent pas les quatre cinquièmes de la perte de gain résultant de l'empêchement de travailler ».

Après avoir croisé une dernière fois le fer au sujet de la couverture minimum du salaire à garantir pendant le temps limité (100 % ou 80 %), les députés de la commission du Conseil national se rangèrent, à une très faible majorité [64], à l'avis du Conseil des Etats, en adoptant la proposition Meyer-Boller remaniée. Comme cette dernière ne donnait aucune solution pour le cas où les prestations de l'assurance ne couvriraient pas le 80 % du salaire, le législateur ajouta que, dans cette hypothèse, il incombait à l'employeur de verser la différence entre les prestations de l'assurance et les quatre cinquièmes du salaire [65].

Ce texte fut finalement adopté par le Conseil national [66] ; il s'analyse comme un compromis entre la solution qui préconisait de verser le plein salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO et celle qui consistait à ne l'accorder que si les prestations de l'assurance étaient inférieures au 50 % du salaire. Après quelques modifications rédactionnelles, le texte en question, approuvé par les Chambres fédérales [67], devint l'art. 324 b CO dans sa version actuelle :

Alinéa 1 :

« Si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne, l'employeur ne doit pas le salaire lorsque les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période. »

Alinéa 2 :

« Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire. »

[64] Par 13 voix contre 11.

[65] Cette adjonction constitue une nouveauté par rapport aux projets étudiés jusqu'ici qui prévoyaient tous l'obligation pour l'employeur de compléter le salaire jusqu'à 100 % dans les cas où la couverture minimum de ce salaire (50 %) n'était pas garantie par l'assurance.

[66] Bulletin sténographique du Conseil national 1971, pp. 431 ss ; séance du premier juin 1971.

[67] Vote final : bulletin sténographique du Conseil des Etats 1971, p. 474 et bulletin sténographique du Conseil national 1971, p. 960.

Nous consacrerons le chapitre suivant à l'étude détaillée de ce texte ainsi qu'aux conséquences pratiques qu'il entraîne dans les rapports entre le Code des obligations et les diverses assurances obligatoires. Notre première tâche consistera à délimiter son champ d'application avec précision.

Chapitre IV

LA DELIMITATION DU CHAMP D'APPLICATION DE L'ART. 324 b CO

§ 1. Remarques préliminaires

Nous avons déjà esquissé le champ d'application de l'art. 324 b CO lors du rappel des solutions qu'offrait l'ancienne législation à propos des exceptions à l'obligation patronale de payer le salaire [68]. L'étude de la genèse de cette disposition nous a permis de constater que les délibérations au cours des travaux préparatoires se sont circonscrites aux assurances instituées par la LAMA, la LAM et la LAPG. Il convient maintenant de tracer les limites du champ l'application de l'art 324 b CO avec davantage de précision. A cet effet, il est utile de distinguer deux catégories de conditions d'application de cette disposition. Les premières ont trait au risque couvert ; nous les examinerons ci-après. Au préalable, nous nous arrêterons brièvement sur les secondes, savoir les conditions qui résultent des termes même de l'art. 324 b CO.

A. *L'institution d'assurance*

L'article 324 b CO n'est applicable que si le salaire dû par l'employeur entre en concours avec des prestations versées par une assurance. Toutefois, il faut se garder de prendre le terme d'assurance au pied de la lettre ; certaines institutions, en effet, remplissent les fonctions d'une

[68] Voir ci-dessus, pp. 117 ss.

assurance quand bien même elles n'en présentent pas toutes les caractéristiques [69] ; si leurs prestations ont pour but de remédier à une perte de salaire consécutive à un empêchement de travailler inhérent à la personne du travailleur, elles sont susceptibles de provoquer un enrichissement du travailleur et doivent, de ce fait, entraîner l'application de l'art. 324 b CO. La *ratio legis* de l'art. 324 b CO n'exige pas une interprétation stricte du terme d'assurance ; le contraire irait même à l'encontre du but de cette disposition.

B. *L'obligation d'assurance*

Elle constitue un élément très important de la délimitation du champ d'application de l'art. 324 b CO. En effet, le critère distinctif essentiel entre l'art. 324 b CO et l'art. 324 a, al. 4 CO réside dans la notion d'assurance obligatoire, plus précisément dans la portée de l'obligation d'assurance. C'est dire que nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur cette question ; pour l'heure, nous nous contenterons de retenir quelques principes généraux : le but de l'art. 324 b CO étant de libérer l'employeur (sous certaines conditions) lorsque l'institution d'assurance est tenue d'offrir ses prestations, il importe que le travailleur ait de très sérieuses garanties de bénéficier desdites prestations. Il faut par conséquent que son affiliation à l'institution d'assurance ne dépende d'aucune intervention extérieure ni d'aucune démarche de sa part afin qu'il n'y ait pas de lacune dans la couverture des risques ; à cet effet, il est indispensable que le travailleur puisse faire valoir ses droits directement envers l'assureur et qu'il connaisse d'avance les prestations qu'il peut prétendre ; la couverture du risque doit être garantie dans certaines circonstances bien précises et l'assurance doit entraîner des effets de droit public [70].

C. *La disposition légale instituant l'obligation d'assurance*

Si l'obligation d'assurance résulte, en règle générale, d'un texte de loi, ce n'est cependant pas toujours le cas. En dehors de l'hypothèse dans laquelle employeurs et travailleurs s'engagent à remplacer l'obli-

[69] C'est le cas de l'assurance militaire et du régime des APG ; pour plus de détails, voir *infra*, pp. 181 ss et 189 ss.

[70] Nous reviendrons avec plus de détails sur ce point au chapitre 5, pp. 167 à 169.

gation patronale par l'affiliation à une institution d'assurance [71], il faut songer au cas où le système de l'assurance s'impose aux parties, en dehors de tout accord ou de toute disposition légale ; il en est ainsi des contrats-types de travail ou des conventions collectives de travail étendues, qu'il convient de rattacher soit à l'art. 324 a, al. 4 CO, soit à l'art. 324 b CO. Le législateur a tranché la question en assimilant les conventions collectives de travail étendues et les contrats-types de travail aux accords dérogatoires à l'art. 324 a CO [72] ; l'employeur est alors libéré aux conditions de l'art. 324 a, al. 4 CO, c'est-à-dire dans la mesure où les prestations de l'assurance sont au moins équivalentes à celles que l'employeur aurait dû fournir en vertu de l'art. 324 a, al. 2 CO [73].

Lors donc que l'article 324 b CO s'applique si le travailleur possède une prétention de droit public envers une institution lui garantissant certaines prestations en cas de perte de salaire, il importe peu que l'obligation d'assurance résulte d'une disposition fédérale ou cantonale ; certes, la plupart des lois imposant un régime d'assurance obligatoire sont fédérales. Nous verrons cependant qu'il existe un certain nombre d'assurances obligatoires en vertu de dispositions cantonales, voire communales, mais que ces assurances ressortissent à la réglementation de l'art. 324 a, al. 4 CO [74].

§ 2. Le risque couvert par l'assurance obligatoire

Il faut relever que les art. 324 a et b forment un tout puisque le second déroge, dans certains cas, au principe exprimé dans le premier ; cette relation étroite est cause de la limitation la plus générale du champ d'application de l'art. 324 b CO : seules doivent être prises en considération les assurances couvrant des risques inhérents à la personne du travailleur dont la réalisation entraîne une incapacité de travailler, elle-même cause d'une perte de salaire.

[71] Que ce soit par voie d'accords particuliers ou de conventions collectives. Voir *infra*, cinquième partie, pp. 212 ss.

[72] Nous verrons dans la suite de notre travail que l'art. 324 a, al. 4 CO s'applique même à certaines assurances obligatoires instaurées par des lois de droit public mais n'entraînant que des effets de droit privé ; *infra*, pp. 165 ss.

[73] Sur la notion d'équivalence des prestations au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO, voir *infra*, cinquième partie, pp. 220 ss.

[74] *Infra*, chapitre 5, pp. 171 à 173 et chapitre 6, pp. 175 ss.

Cette mise au point évidente va nous permettre de répertorier les diverses assurances obligatoires couvrant une perte de salaire : il conviendra d'examiner si celle-ci est consécutive à un empêchement de travailler dû à un motif inhérent à la personne du travailleur et si les prestations de ces assurances sont susceptibles d'entrer en concours avec le salaire dû par l'employeur, auquel cas l'art. 324 b CO est applicable.

Le critère de notre classification est donc celui du risque assuré ; nous l'utiliserons pour l'étude de l'art. 324 b CO proprement dite ; il nous permettra également d'écarter un certain nombre d'assurances du champ d'application de cette disposition.

§ 3. Les diverses assurances obligatoires couvrant une perte de salaire

L'ensemble des assurances obligatoires visant à remédier aux conséquences d'un empêchement de travailler ou à la perte de la capacité de travailler est souvent désigné par le terme d'assurances sociales. Celles-ci ont pour but de prendre en charge les conséquences économiques de la perte de gain due à la veillesse, au décès, à l'invalidité, à la maladie, à la maternité, aux accidents et au chômage, motifs qui, à l'exception du chômage, sont tous inhérents à la personne des assurés. En dehors des assurances sociales *stricto sensu*, certains risques d'empêchement de travailler sont couverts par d'autres institutions que l'on peut juxtaposer aux assurances sociales pour former l'ensemble de la sécurité sociale ; nous pensons à l'assurance militaire et aux allocations pour perte de gain dont bénéficient les personnes astreintes au service militaire ou au service de protection civile. Il serait cependant incorrect d'établir une identité entre les assurances obligatoires et les assurances sociales. L'assurance-responsabilité civile des détenteurs de véhicules à moteur est obligatoire ; elle n'entre pas pour autant dans la catégorie des assurances sociales. En outre, toutes les assurances sociales ne sont pas obligatoires. Ainsi, le législateur fédéral encourage l'assurance-maladie, sans cependant l'imposer [75] ; de même l'assurance-accidents n'est obligatoire que pour certaines catégories de travailleurs.

[75] Certes, l'assurance-maladie est quelquefois obligatoire sur le plan cantonal : toutefois, elle ne s'applique généralement qu'à un cercle restreint de personnes et prévoit rarement la couverture de la perte de gain (voir *infra*, chapitre 6, pp. 175 ss). Sur le plan fédéral, le régime qui prévaut actuellement est celui de la liberté subsidiée ; les personnes affiliées volontairement à une caisse-maladie reconnue par le Conseil fédéral bénéficient des prestations minimums garanties et les caisses en question reçoivent des subsides de la Confédération.

Parmi les risques pouvant entraîner une perte de salaire, il faut relever que la maladie, la maternité et les accidents sont expressément mentionnés à l'art. 324 a CO ; le service militaire est l'une des obligations légales prévues par cette disposition. Dans la mesure où une disposition légale déclare la couverture de l'un de ces risques obligatoires et qu'elle impose une indemnité pour perte de salaire parmi les prestations obligatoires, l'art. 324 b CO s'applique, sous réserve de l'examen de la portée de l'obligation d'assurance.

Pour ce qui concerne la vieillesse, le décès, l'invalidité et le chômage en revanche, nous sommes d'avis que l'art. 324 b CO ne peut pas être applicable, pour les raisons que nous allons nous efforcer d'exposer.

§ 4. Les assurances obligatoires échappant à la réglementation de l'art. 324 b CO en raison du risque couvert

Section 1 *L'assurance-vieillesse et survivants*

L'AVS échappe à la réglementation de l'art. 324 b CO pour la simple raison qu'il ne peut pas y avoir de concours entre l'obligation patronale de payer le salaire et celle des caisses de compensation de verser leurs prestations puisque les rentes AVS ne sont pas destinées à remplacer une perte de salaire à proprement parler ; en effet, elles sont attribuées sans égard au fait que le bénéficiaire exerce ou non une activité professionnelle ; le seul critère déterminant pour l'octroi de rentes est le fait d'atteindre une certaine limite d'âge ou le fait du décès de son conjoint et (ou) de ses parents. Dans ces conditions, il est parfaitement admissible, et même courant, que des travailleurs bénéficiaires de rentes AVS reçoivent leur salaire en cas d'empêchement de travailler s'ils exerçent une activité rémunératrice [76].

[76] L'OFIAMT a soutenu la même opinion dans un avis de droit du 6 avril 1971, paru *in* DTA, vol. 19, p. 29. En outre, l'OFAS, dans une communication parue dans la RJAM 1969, fascicule 2, p. 92, a recommandé aux caisses-maladie de verser l'indemnité journalière aux bénéficiaires de rentes AVS (en leur laissant cependant la possibilité de réduire ces indemnités au minimum légal), étant donné que l'octroi d'une rente de vieillesse de l'AVS ne signifie pas nécessairement la cessation de l'activité lucrative. Dans un arrêt du 5 mars 1969 (RJAM 1969, nº 43), le TFA a laissé ouverte la question de savoir si la suppression totale de l'indemnité journalière pour les bénéficiaires de rentes vieillesse était admissible ; en tout état de cause, il a affirmé expressément la possibilité d'une réduction au minimum légal.

Section 2 *L'assurance-invalidité*

Il est plus difficile de décider si l'assurance-invalidité doit être incluse ou non dans le champ d'application de l'art. 324 b CO. A notre avis, il faut répondre par la négative. Si l'on se réfère à la LAI, l'art 4 définit l'invalidité comme « la diminution de la capacité de gain, présumée permanente ou de longue durée, qui résulte d'une atteinte à la santé physique ou mentale provenant d'une infirmité congénitale, d'une maladie ou d'un accident ». Les prestations de l'AI ne sont versées qu'après que l'atteinte à la santé a été considérée comme durable ou permanente, donc, dans la plupart des cas, lorsque le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO est écoulé et que le travailleur n'a plus droit au salaire ; dans l'hypothèse où le temps limité serait relativement long, il faut rappeler que le droit au salaire peut également être restreint par les délais conventionnels au légaux de résiliation du contrat de travail [77]. Si, cependant, le caractère définitif de l'atteinte à la santé peut être déterminé rapidement et que le salaire soit dû au travailleur infirme pour une période relativement longue, il convient de distinguer deux cumuls possibles avec le salaire, qui correspondent à deux types de prestations prévues par la LAI.

1) Les indemnités journalières de réadaptation. L'AI vise principalement à la réintégration professionnelle de l'assuré ; dans ce but, elle prévoit une série de mesures de réadaptation auxquelles l'assuré doit se soumettre ; si ces mesures l'empêchent d'exercer son activité lucrative, l'AI verse à l'assuré une indemnité journalière dont le montant, le mode de calcul et les taux minimums sont identiques aux allocations pour perte de gain [78]. Dans cette hypothèse, il peut donc y avoir concours entre l'obligation de l'employeur de payer le salaire au travailleur handicapé et l'obligation de la caisse de compensation de verser les indemnités journalières de réadaptation. Un cumul des prestations est cependant exclu par l'art. 47 LAI qui dispose que les indemnités journalières reviennent à l'employeur dans la mesure où celui-ci verse un salaire ou un traitement à l'assuré pendant la réadaptation. La LAI contient donc une disposition spéciale

[77] Voir à ce sujet le chapitre 3 de la troisième partie, *supra*, pp. 105 ss.
[78] Voir *infra*, pp. 190, 191 et 196.

qui, à l'inverse de l'art. 324 b CO, ne libère pas l'employeur de l'obligation de payer le salaire mais l'autorise seulement à imputer les indemnités journalières de l'assurance sur le salaire dû. L'art. 47 LAI l'emporte sur l'art. 324 b CO en tant que réglementation spéciale (*lex specialis derogat generali*).

2) Les rentes d'invalidité [79]. Elles ne sont versées que si les mesures de réadaptation n'ont pas permis à l'assuré de recouvrer une capacité de gain suffisante ; elles se substituent donc aux mesures de réadaptation. A la différence des indemnités journalières de réadaptation, elles ne sont pas destinées à couvrir une perte de gain mais à remédier à une diminution de la capacité de gain ; elles sont donc versées même aux assurés qui exercent une activité professionnelle et qui sont rémunérés pour leur capacité de travail résiduelle ; elles échappent à notre étude parce qu'elles n'ont pas pour but de venir en aide aux travailleurs empêchés de travailler mais d'atténuer les conséquences d'un handicap physique ou mental entraînant une diminution de la capacité de gain [80]. Un cumul de la rente d'invalidité de l'AI et du salaire est donc possible si l'employeur verse un salaire supérieur au rendement effectif du travailleur ou, en d'autres termes, si sa capacité de travail résiduelle est trop rémunérée [81].

Section 3 *L'assurance-chômage*

Il faut également laisser de côté l'assurance-chômage lorsqu'elle est obligatoire [82]. Les prestations de l'assurance-chômage interviennent dès l'instant où le travailleur se trouve, en dehors de toute faute de sa part,

[79] A côté de la LAI, la LAMA (art. 76 ss) et la LAM (art. 23 ss) prévoient également le versement de rentes d'invalidité. La LAMA (art. 77, al. 2) et la LAM (art. 41, al. 1, *lit.* a) disposent que la rente d'invalidité subit une réduction proportionnelle si l'incapacité de travail n'est que partielle ; les principes applicables aux rentes de l'AI sont valables.

[80] SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.*, p. 120, les inclut dans le champ d'application de l'art. 324 b CO, sans cependant justifier son point de vue. HUG, en page 5, *lit.* b de son rapport non publié du 10 avril 1969 à l'intention des commissions parlementaires, partage l'opinion que nous avons exprimée ci-dessus.

[81] En cas de juste rémunération de la part de l'employeur, il y a également cumul si le taux d'invalidité a été fixé trop haut.

[82] Seuls les cantons sont compétents pour déclarer l'assurance-chômage obligatoire (art. 4, al. 2 LAC).

sans emploi, et que les conditions du marché ne lui permettent pas de remédier à cette situation.

Le droit du travailleur au salaire implique l'existence d'un contrat de travail ; si le travailleur au bénéfice d'un tel contrat est sans emploi bien qu'il ait régulièrement offert ses services, il s'agit d'un cas de demeure de l'employeur, qui relève de l'art. 324 CO. En outre, l'art. 324 b CO n'est pas applicable car le motif d'empêchement, en cas de chômage, n'est pas inhérent à la personne du travailleur mais est dû à des circonstances propres à l'entreprise ou à la conjoncture économique. En tout état de cause, le travailleur sans emploi [83] n'a droit aux prestations de l'assurance-chômage que dans la mesure où l'employeur n'a plus l'obligation de lui verser le salaire (art. 28 LAC), de sorte qu'un cumul des prestations est exclu.

§ 5. Résumé et conclusion

Les différentes conditions d'application de l'art. 324 b CO restreignent de façon sensible le cercle des assurances obligatoires à prendre en considération. Elles ne se retrouvent que dans trois régimes d'assurance, qui retiendront particulièrement notre attention dans les chapitres qui vont suivre, soit :

— l'assurance-accidents à teneur de la LAMA
— l'assurance militaire à teneur de la LAM
— le régime des APG à teneur de la LAPG.

Nous nous pencherons également sur l'assurance-maladie telle que la connaissent les cantons qui l'ont rendue obligatoire, ainsi que sur certaines autres assurances obligatoires contre les accidents. Il nous incombera de démontrer que toute assurance obligatoire en vertu d'une disposition légale fédérale ou cantonale est soumise ou non à la réglementation de l'art. 324 b CO selon que l'obligation d'assurance est seulement déclaratoire ou au contraire constitutive de droits. Seule l'étude approfondie de la notion d'obligation d'assurance nous permettra de délimiter le champ d'application de l'art. 324 b CO avec toute l'exactitude requise.

[83] Il serait préférable d'utiliser l'expression « sans travail » car les termes « sans emploi » laissent entendre que les rapports de travail ont cessé et par voie de conséquence le droit au salaire également.

Chapitre V

L'ASSURANCE-ACCIDENTS

§ 1. Généralités

Si divers mouvements se sont manifestés dans le sens d'une généralisation de l'assurance obligatoire contre les accidents [84], force est de constater que la législation suisse actuelle en matière d'accidents du travail est très disparate. En effet, d'une part les travailleurs ne sont pas tous assurés obligatoirement contre les accidents et d'autre part l'obligation de s'assurer ne ressortit pas uniquement à la législation fédérale, mais également à certaines législations cantonales. Ainsi donc, les travailleurs suisses sont actuellement soumis à six régimes différents en ce qui concerne la couverture des accidents professionnels [85] :

1. En vertu de la LAMA, tous les travailleurs au service d'une entreprise assujettie aux termes de cette loi sont assurés par la CNA.

2. Les travailleurs agricoles sont assurés sur la base de la LF du 3 octobre 1951 sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne [86].

[84] Aussi bien l'initiative populaire du 31 mars 1970 pour une meilleure assurance-maladie que le contre-projet de l'Assemblée fédérale du 22 mars 1974 prévoyaient l'extension de l'assurance-accidents obligatoire à tous les salariés.

[85] Là où la loi impose l'assurance obligatoire contre les accidents professionnels, elle le fait généralement aussi pour les accidents non professionnels. C'est le cas de la LAMA et des assurances-accidents genevoise et tessinoise mais non pas de la Lagr ni de la LFNM.

[86] Abrégée en « loi sur l'agriculture » (Lagr).

3. Les équipages des navires de mer suisses sont assurés obligatoirement contre les accidents professionnels en vertu de la LF du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse (LFNM).

   Ces trois premiers régimes d'assurance obligatoire sont de la compétence de la Confédération et sont donc régis par des lois fédérales.

4. Deux cantons suisses, ceux de Genève et du Tessin, ont cependant institué, pour la majorité, respectivement la totalité des employeurs qui ne sont pas assujettis à une obligation d'assurance à teneur de la législation fédérale, une assurance obligatoire pour leurs salariés, qui s'analyse comme une sorte d'assurance obligatoire complémentaire [87].

5. Les entreprises non assujetties en vertu de la législation fédérale ou cantonale concluent fréquemment des contrats d'assurance en cas d'accidents auprès de compagnies privées d'assurance ; de telles assurances sont souvent prévues par les conventions collectives de travail.

6. Enfin, les autres travailleurs sont indemnisés, en cas d'accidents du travail ,dans la mesure seulement où les règles de droit commun leur en donnent la possibilité [88].

Il ne fait pas de doute que l'assurance-accidents obligatoire auprès de la CNA est le plus important des régimes d'assurance-accidents. C'est pourquoi nous nous y arrêterons en premier lieu et plus longuement qu'à propos des autres régimes dont l'un n'intéresse qu'une faible partie des travailleurs de deux régions géographiquement limitées et dont les deux autres ne concernent que des catégories particulières de travailleurs ; de plus, nous verrons qu'à l'exception de l'assurance-accidents à teneur de la LAMA, les autres régimes d'assurance-accidents ne sont pas visés par la réglementation de l'art. 324 b CO ; ils s'en rapprochent cependant suffisamment pour que nous les étudiions dans ce chapitre.

[87] Nous faisons ici volontairement abstraction des cantons qui ont instauré une assurance obligatoire contre les accidents en la limitant à certaines catégories de travailleurs, tels les ressortissants étrangers ou les personnes à revenus modestes (c'est le cas des deux demi-cantons d'Appenzell, par exemple).

[88] Leurs droits reposent alors sur l'art. 328, al. 2 CO relatif au devoir de diligence incombant à l'employeur. Cet article a repris, pour l'essentiel, les dispositions de l'ancien art. 339 CO que le Tribunal fédéral, au terme d'une longue et significative jurisprudence, a interprété dans le sens d'une responsabilité croissante de l'employeur ; voir notamment RO 95, II, p. 132.

§ 2. L'assurance-accidents à teneur de la LAMA

Section 1 *Caractéristiques générales*

En exécution de l'art. 34 bis Cst., la Confédération a rendu obligatoire l'assurance-accidents pour tous les travailleurs occupés dans les entreprises assujetties en vertu de la LAMA. Le critère décisif de l'affiliation obligatoire est le rattachement du travailleur, en qualité de personne salariée, à une entreprise déterminée. Les conditions d'assujettissement des entreprises sont régies par les art. 60, 60 bis et 60 ter LAMA [89]. Le législateur a conféré à une caisse unique le droit d'exploiter l'assurance-accidents obligatoire à teneur de la LAMA, soit la CNA.

Bien que l'obligation d'assurance ne soit pas générale, l'assurance-accidents instaurée par la LAMA est la plus importante ; elle touche une forte proportion des travailleurs et couvre ceux qui, de par la nature de leur activité, sont particulièrement exposés au risque d'accidents professionnels ; l'assurance obligatoire s'étend également aux accidents non professionnels. Rappelons encore que les maladies professionnelles sont assimilées aux accidents professionnels conformément à l'art 68 LAMA.

Outre les soins médicaux et pharmaceutiques, les rentes d'invalidité, une contribution aux frais funéraires et les rentes de survivants, les prestations de la CNA comprennent, et c'est le point essentiel pour notre étude, une indemnité de chômage [90]. Ainsi, le travailleur empêché de travailler pour cause d'accident est indemnisé pour la perte de salaire dont il est victime s'il est assuré auprès de la CNA. L'art. 74 LAMA dispose que le droit à l'indemnité naît dès le troisième jour après l'accident et pour la durée de la maladie qui en résulte. Cette indemnité se monte à 80 % du salaire dont l'assuré se trouve privé, y compris les allocations supplémentaires régulières [91]. L'indemnisation pour la perte

[89] Concernant la nature de l'obligation de l'affiliation, il faut préciser que la décision d'assujettissement est déclaratoire de droits ; l'assurance produit ses effets dès que les conditions d'assujettissement de la LAMA sont réunies et à défaut de toute communication à la CNA. Cette précision est d'importance puisque la portée juridique de l'affiliation à l'assurance constitue l'un des critères déterminants de l'applicabilité de l'art. 324 b CO ; voir *infra*, pp. 167 à 169 et p. 179.

[90] L'expression « indemnité de chômage » n'est pas très heureuse puisque le terme de chômage implique un arrêt du travail dû à des causes indépendantes de la personne du travailleur ; nous lui préférons celle « d'indemnité pour perte de salaire » que nous utiliserons dans la suite de notre travail.

[91] Sur la notion de salaire dont le travailleur est privé, voir *infra*, troisième partie, pp. 85 ss.

de salaire n'est donc pas intégrale puisque le législateur a prévu une double franchise à la charge du travailleur assuré : d'une part, il a institué un délai d'attente de deux jours, d'autre part, le salaire n'est couvert qu'à concurrence de 80 % ; au surplus, la perte de salaire n'est pas compensée au-delà d'un plafond fixé actuellement à Fr. 150.— par jour [92].

Cette indemnisation de la perte de salaire s'applique aussi bien aux accidents professionnels qu'aux accidents non professionnels ; comme l'art. 324 b CO comprend ces deux types d'accidents, l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire dans les deux cas lorsque les prestations de l'assurance couvrent les quatre cinquièmes du salaire dont le travailleur se trouve privé.

D'une manière générale, la libération de l'employeur, en cas d'assurance couvrant la perte de salaire, se justifie par deux considérations. Premièrement, l'employeur participe au financement de l'assurance en payant tout ou partie des primes et deuxièmement, le travailleur bénéficie des prestations d'assurance pendant une longue période (et non plus seulement pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO). La contrepartie de l'avantage résultant de la longue durée des prestations consiste dans le fait que la perte de salaire n'est généralement pas couverte intégralement [93].

Dans le cas de la LAMA, si la durée de versement des prestations ne soulève guère de questions (l'indemnité pour perte de salaire est due tant que dure l'incapacité de travail, c'est-à-dire jusqu'à la guérison) [94], le financement de l'assurance, en revanche, pose le problème de la participation de l'employeur au paiement des primes. En effet, celui-ci doit supporter les primes afférentes aux accidents professionnels [95], alors que les primes relatives aux accidents non professionnels sont à la charge des assurés [96]. Bien que le débiteur juridique de la prime globale soit l'employeur (art. 109 LAMA), celui-ci ne supporte en fait qu'une partie de

[92] Nous verrons ci-dessous (pp. 154 à 157) quelle est la *ratio legis* de ces différentes franchises et les conséquences pratiques qu'elles entraînent dans le cas qui nous occupe.

[93] Pous plus de détails, voir *infra*, cinquième partie, pp. 209 à 211.

[94] Dès que l'incapacité de travail est présumée permanente, une rente d'invalidité est substituée à l'indemnité pour perte de salaire (art. 76 LAMA).

[95] Conformément à l'art. 108 LAMA, qui dispose notamment que toute convention imposant à l'assuré une part de ces primes est nulle.

[96] Art. 108, al. 2 LAMA. L'art. 113 LAMA autorise l'employeur à retenir sur le salaire le montant de la prime qui est à la charge du travailleur.

cette prime. Il s'agit donc de savoir si le principe général voulant que l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance libère l'employeur, dans la mesure où il participe à son financement pour moitié, est applicable à la LAMA (la condition de l'équivalence des prestations de l'assurance et de l'employeur étant par ailleurs présumée satisfaite). Le taux de la prime des accidents professionnels est déterminé en fonction des risques (répartis en classes et degrés) que le travailleur court dans l'entreprise qui l'emploie ; il varie selon la nature de l'activité professionnelle et le danger auquel le travailleur s'expose dans l'accomplissement de son travail. Le taux de la prime des accidents non professionnels est également déterminé selon le système des classes de risques ; le risque d'accident non professionnel est plus ou moins grand selon le sexe et l'âge du travailleur. Selon les circonstances de l'espèce, la prime afférente aux accidents professionnels peut donc être plus ou moins importante que la prime relative aux accidents non professionnels et la participation de l'employeur au financement de l'assurance plus ou moins forte que celle du travailleur. Cependant, il faut admettre, d'une manière générale, que l'employeur supporte, dans l'ensemble, une part approximativement égale à celle du travailleur dans la couverture globale des accidents [97]. Cette conclusion avait déjà été adoptée avant la revision du titre X CO mais elle était, à notre avis, contraire au texte légal [98]. Dorénavant, l'égalité financière entre les parties est en quelque sorte présumée puisque la loi libère expressément l'employeur de l'obligation de payer le salaire en cas d'accidents non professionnels.

La libération de l'employeur, nous le savons, n'est pas inconditionnelle ; il est nécessaire que les prestations d'assurance couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire qu'aurait dû recevoir le travailleur s'il n'avait été empêché de travailler. Les débats parlementaires nous ont clairement démontré que cette condition résulte d'un compromis entre partisans d'une libération totale de l'employeur et partisans d'une libération restreinte (qui n'interviendrait que dans les limites des prestations

[97] En réalité, les statistiques récentes prouvent que, dans l'ensemble, le montant global des primes encaissées par la CNA pour la couverture des accidents professionnels (494 millions de francs en 1973 et 537,8 millions de francs en 1974), est supérieur à celui des primes encaissées pour la couverture des accidents non professionnels (452 millions de francs en 1973 et 522,8 millions de francs en 1974 ; chiffres extraits des rapports annuels et comptes de la CNA 1973 et 1974). Cependant, il faut relever qu'une évolution se dessine dans le sens d'une diminution de la différence entre les deux montants.

[98] Voir à ce sujet ce que nous avons déjà exprimé plus haut, pp. 118 et 119.

de l'assurance). Elle a été directement inspirée par l'exemple de la LAMA, du fait de l'importance pratique de cette loi, qui prescrit une couverture du salaire à raison des quatre cinquièmes. On pourrait donc en déduire que l'employeur est automatiquement libéré dans les cas d'affiliation à la CNA, en raison précisément de cette identité des pourcentages de salaire garantis, et que l'alinéa 2 de l'art. 324 b CO (qui envisage l'hypothèse d'une couverture du salaire inférieure au minimum de 80 %) serait superflu en matière d'assurance-accidents à teneur de la LAMA. Un tel raisonnement ne résiste pas à l'examen ; en effet, si les prestations de la CNA couvrent bien le 80 % du salaire dont le travailleur se trouve privé, il existe une série de motifs particuliers, propres à la LAMA, qui entraînent soit la suppression, soit la diminution des indemnités journalières ; en outre, nous avons vu que la LAMA a instauré des franchises et limites à l'indemnité pour perte de salaire. Tous ces facteurs sont caractéristiques d'une réglementation d'assurance et sont, en principe [99], sans effet sur l'obligation contractuelle de l'employeur de verser le salaire.

Nous nous proposons donc d'énumérer ces différents motifs de suppression ou de réduction des prestations ou encore de non-intervention de la CNA en examinant s'ils peuvent constituer, au regard du CO, des motifs propres à entraîner les mêmes conséquences et si l'employeur doit se substituer, dans ces cas là, à la CNA.

Section 2 *Les limitations au versement de l'indemnité pour perte de salaire*

Sous-section 1 *La franchise générale de 20 % du salaire*

Nous nous contenterons de mentionner, *pro memoria*, la limite de 80 % du salaire instaurée par la LAMA dont la justification est d'éviter les abus auxquels donnerait lieu immanquablement une couverture totale du salaire. Il ne s'agit donc pas véritablement d'une limitation au versement de l'indemnité mais d'une restriction à la couverture totale de la perte de salaire. Bien que ressortissant au domaine de l'assurance,

[99] Un motif de réduction propre à la LAMA peut aussi justifier une réduction des prestations au sens de l'art. 324 a CO. Il en est ainsi, par exemple, si la faute de l'assuré constitue une faute au sens de l'art. 324 a CO.

cette limite a été reprise par le législateur dans le cadre de l'art. 324 b CO, à la suite des délibérations dont nous avons rendu compte plus haut [100] et sur lesquelles nous ne reviendrons pas. Etant donné que la couverture minimum du salaire est identique dans la LAMA et dans le CO, l'employeur n'a pas à tenir compte de cette franchise.

Sous-section 2 *Le délai d'attente de l'art. 74, al. 1 LAMA*

L'art. 74, al. 1 LAMA dispose que le droit de l'assuré à l'indemnité pour perte de salaire ne naît qu'à partir du troisième jour après l'accident ; la *ratio legis* de cette disposition est d'éviter de faire supporter à la CNA les innombrables cas de peu d'importance [101] entraînant des frais administratifs hors de proportion avec l'importance des prestations versées. Ce délai d'attente a également pour but d'inciter l'assuré à ne pas quitter son travail sans motif. Il s'agit d'une franchise, technique ressortissant au domaine des assurances, que l'on ne peut pas transposer en matière de rapports de travail. Il ne fait donc aucun doute, à notre sens, que l'employeur doit verser le salaire (à concurrence des quatre cinquièmes) pendant les deux jours d'attente [102] ; cette obligation résulte du texte même de l'art. 324 b CO qui n'admet la libération de l'employeur que dans la mesure où les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre ciqnuièmes au moins du salaire afférent à cette période ; la condition libératoire n'est pas que le travailleur reçoive les prestations qui lui sont dues en vertu de la LAMA mais que le 80 % de son salaire soit garanti pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO ; cette interprétation est conforme à la genèse de l'art. 324 b CO : le législateur a refusé la libération totale de l'employeur en cas d'assurance-accidents obligatoire, seule hypothèse dans laquelle il aurait été dispensé de payer le salaire pendant le délai d'attente de l'art. 74, al. 1 LAMA [103].

[100] Voir *supra*, chapitre 3, pp. 136 ss.

[101] Le texte allemand utilise l'expression significative de « *Bagatellfälle* ».

[102] Même avis : Hans-Peter FISCHER, *op. cit.* ; SCHWEINGRUBER (2), *op. cit.*, p. 122. En outre, le tribunal de prud'hommes de la ville de Genève, dans une décision non publiée du 19 juin 1973, et la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, dans un arrêt non publié du 26 novembre 1974, ont abouti à la même conclusion.

[103] L'employeur peut-il se prévaloir d'un accord dérogatoire à teneur de l'art. 324 a, al. 4 CO pour refuser le paiement des quatre cinquièmes du salaire pendant le délai d'attente de l'art. 74, al. 1 LAMA ? Le tribunal de prud'hommes de la ville de Zurich, dans un arrêt du 2 septembre 1974, résumé dans le JAP du

Cette solution s'impose pour une raison supplémentaire, qui est de remédier à certaines inégalités parmi les travailleurs payés à la journée ou à l'heure et qui peuvent se manifester selon le moment auquel l'accident survient. Ainsi, pour des travailleurs payés à la journée, le délai d'attente est sans influence ou au contraire particulièrement pénible selon que l'accident a lieu un vendredi soir ou un lundi matin, par exemple ; cette particularité provient du fait que le délai d'attente s'applique sans égard au fait qu'il s'agit de jours payés ou non ; elle est supprimée dès lors que l'employeur, en conformité de l'art. 324 b CO, a l'obligation de verser le salaire ; dans la seconde hypothèse de notre exemple, le travailleur a droit au salaire dès le premier jour de l'empêchement de travailler et non pas dès le mercredi comme c'eût été le cas auparavant.

Sous-section 3 *Le plafond de l'indemnité journalière*

A côté du délai d'attente, la LAMA, à l'alinéa 2 du même article 74, impose une autre limite à l'indemnisation de la perte de salaire en prévoyant un plafond du salaire qui est actuellement de Fr. 150.— [104]. Il s'agit ici aussi d'une caractéristique relevant de l'assurance-accidents obligatoire et visant à empêcher que l'ensemble des assurés ne supporte la couverture d'une perte de salaire d'une minorité de travailleurs bénéficiant d'un traitement élevé. Ainsi, une double franchise s'applique à l'assuré dont le salaire quotidien dépasse Fr. 150.— : celle résultant de la proportion du salaire non couverte, soit 20 %, et celle correspondant au montant dépassant le plafond fixé par l'art. 74, al. 2 LAMA. Donc un assuré dont le gain serait par hypothèse de Fr. 180.— par jour, n'aurait droit qu'à une indemnité pour perte de salaire de 80 % de Fr. 150.—, soit Fr. 120.—. L'employeur serait tenu, aux termes de l'art. 324 b CO, de compléter, pendant le temps limité, l'indemnité journalière à concurrence de Fr. 144.—, soit les quatre cinquièmes du salaire dont le travailleur se trouverait privé [105].

17 avril 1975, a répondu par l'affirmative. Il convient de préciser que le régime dérogatoire doit accorder au travailleur des prestations équivalentes à celles que lui garantit la loi. En l'espèce, seule l'affiliation du travailleur à une assurance dite « complément CNA » nous semble répondre à cette condition. Voir *infra*, cinquième partie, p. 207.

[104] A teneur de la LF du 27 septembre 1973 modifiant la LAMA (entrée en vigueur le premier janvier 1974).

[105] Le salaire de référence est le salaire effectif du travailleur et non pas le salaire plafonné.

Dans la pratique, les employeurs et les travailleurs jouissant d'un salaire élevé ont avantage à prévoir, d'un commun accord, la couverture complète du salaire pour une longue période. A cet effet, il suffit que l'employeur contracte une assurance dite « complément CNA », qui prend en charge la totalité de la perte de salaire jusqu'à concurrence de Fr. 150.— par jour (couverture des deux jours d'attente et du 20 % non couvert), doublée au besoin d'une assurance dite « dépassement CNA »[106], laquelle permet de couvrir la différence entre le salaire réel et le montant assuré par la CNA. Dans cette hypothèse, l'employeur est libéré de l'obligation de compléter le salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO.

Section 3 *Les motifs de réduction ou de suppression de l'indemnité journalière et les cas de non-intervention de la CNA*

Sous-section 1 *Les motifs de réduction ou de suppression*

Les motifs de réduction ou de suppression des indemnités journalières d'assurance peuvent être rangés en trois catégories distinctes : la première concerne les modalités d'avis du sinistre à la CNA, lesquelles ressortissent exclusivement au domaine de l'assurance ; la seconde a trait au comportement de l'assuré, soit lors de la survenance de l'accident, soit lors du traitement ; les critères d'appréciation et les conséquences de ce comportement sont fixés par la LAMA mais peuvent très bien rejoindre ceux que nous avons dégagés dans l'étude de la faute au sens de l'art. 324 a CO[107] ; la troisième enfin vise les cas où l'empêchement de travailler n'est pas le fait d'un accident uniquement mais également d'une autre cause concommitante. Nous mentionnerons également dans cette section le cas de la retenue pour frais de garde et d'hospitalisation.

A. *La déclaration tardive*

L'art. 70 LAMA dispose :

— al. 1 : « un retard inexcusable dans l'avis d'accident (art. 69, premier alinéa) ou dans la déclaration d'accident (art. 69, troisième

[106] De telles assurances peuvent être conclues auprès des sociétés privées d'assurance.

[107] Voir *supra*, deuxième partie, chapitre 2, pp. 63 ss.

alinéa) entraîne, dans le premier cas, la privation totale ou partielle des prestations en argent pour le temps antérieur à l'avis et, dans le second cas, l'obligation pour l'employeur de rembourser ces prestations à la caisse nationale ; en outre, les contrevenants peuvent être rendus solidairement responsables du dommage causé à la caisse nationale par le retard.

— al. 2 : La caisse nationale peut refuser toute prestation si, par suite d'un retard inexcusable de l'assuré ou de ses survivants, elle n'a pas été avisée dans les trois mois de l'accident ou de la mort. »

Les motifs de réduction, voire de suppression des prestations de la CNA pour cause de retard inexcusable dans l'avis d'accident [108] sont particuliers au domaine de l'assurance ; ils s'analysent comme des sanctions disciplinaires visant à assurer la bonne administration de la caisse et à empêcher les abus ; ils ne sauraient être considérés comme des motifs de nature à libérer l'employeur de l'obligation de verser le salaire dû pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO. En effet, le droit du travailleur au salaire dépend du CO et ne saurait être restreint par une disposition de la LAMA.

B. *La faute de l'assuré en tant que cause de l'accident*

L'art. 98 LAMA stipule :

— al. 1 : « si l'assuré a causé intentionnellement l'accident, lui-même et ses survivants sont privés de tous droits aux prestations assurées autres que les frais funéraires.

— al. 2 : il en est de même du survivant qui a causé l'accident intentionnellement ou par une faute grave.

— al. 3 : si l'assuré a causé l'accident par une faute grave, les prestations assurées autres que les frais funéraires sont réduites dans une mesure répondant au degré de la faute. »

[108] Concernant le caractère excusable ou non du retard, voir notamment
ATFA 1937, p. 14 } retard excusable
ATFA 1939, pp. 111 ss }
ATFA 1940, pp. 7 ss } retard inexcusable
RSJ 1945, p. 303 }
Notons que le retard dans la déclaration d'accident est imputable à l'employeur et non au travailleur.

Ce n'est pas notre propos d'étudier dans le détail la notion de faute au sens de la LAMA ; nous relèverons cependant quelques caractéristiques de la réglementation de cette loi pour constater qu'elles se rapprochent sensiblement de celles que nous avons dégagées dans l'étude de la faute au sens de l'art. 324 a CO [109].

Il ressort du premier alinéa de l'art. 98 LAMA que les prestations ne peuvent être supprimées qu'en cas de faute intentionnelle ; si donc l'accident a été causé par une faute grave [110] de l'assuré, seule une réduction des prestations est possible ; cette réduction s'opère dans une mesure répondant au degré de la faute. En cas de faute légère, la CNA doit verser les prestations complètes.

Si le caractère social de l'art. 324 a CO nous a permis d'établir un parallèle avec la LAMA sur la question de la faute du travailleur, ce rapprochement ne saurait être absolu. Le juge des assurances sociales et le juge civil ne se fondent pas toujours sur les mêmes critères. Le comportement du travailleur doit être examiné à la lumière de ses rapports avec l'employeur et des liens étroits qu'instaure le contrat de travail ; celui de l'assuré est jugé en fonction de l'intérêt de tous les autres assurés ; ces critères distincts — nature des rapports de travail et principe de la mutualité — peuvent donner lieu à une appréciation différente pour un état de faits identique. Ainsi, il nous paraît équitable que le juge civil se montre moins sévère dans la fixation de la gravité de la faute. S'il paraît bien établi que dans l'un et l'autre cas, le travailleur n'a droit à aucune prestation en cas de faute intentionnelle et qu'il a en revanche droit à des prestations complètes en cas de faute légère, il est douteux qu'une réduction des indemnités pour perte de salaire de la CNA, en cas de faute grave de l'assuré, entraîne *ipso facto* une réduction — proportionnelle ou non — du salaire dû par l'employeur. En d'autres termes, même si la CNA réduit ses prestations pour faute grave de l'assuré, il n'est pas évident que l'employeur doive être libéré de l'obligation de les compléter, pendant le temps limité, jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes du salaire du travailleur. C'est au juge civil qu'il appartient de dire, de cas en cas, si la faute retenue par la CNA constitue également une faute au sens de l'art. 324 a CO et si elle est

[109] *Supra*, deuxième partie, pp. 68 à 71.

[110] Exemples jurisprudentiels de faute grave : voir notamment RO 98, V, p. 227 ; RO 97, V, p. 210 ; ATFA 1966, p. 95 ; ATFA 1964, p. 71 ; ATFA 1964, p. 5 ; ATFA 1961, pp. 111 et 118 ; ATFA 1959, p. 101 ; ATFA 1956, p. 207.

de même gravité. Il est possible que la faute du travailleur soit appréciée de la même manière par la CNA et par le juge civil (dans le cas des accidents professionnels notamment) ; dans cette hypothèse, la réduction du salaire dû à raison de l'art. 324 a CO est identique à celle opérée par la CNA. La différence entre les prestations de l'assurance et celles de l'employeur à raison de franchises et réductions imposées par la LAMA reste néanmoins due par l'employeur.

C. *La faute de l'assuré après la survenance de l'accident*

Après la survenance de l'accident, la faute de l'assuré la plus fréquente est celle consistant à refuser le traitement prescrit par le médecin ou à ne pas l'observer scrupuleusement. La sanction d'une telle attitude est prévue à l'art. 71, al. 3 LAMA qui dispose : « La caisse nationale prend en tout temps les mesures nécessaires au traitement approprié de l'assuré ; toute inobservation non excusable de ces mesures peut motiver, pour l'avenir, la suppression totale ou partielle des prestations assurées » [111].

S'il est juste d'être relativement clément à l'égard des travailleurs dans l'évaluation de la gravité de la faute qui est cause de l'accident — le travailleur ne doit pas être conditionné dans toutes ses activités par ses obligations professionnelles et doit bénéficier de certaines garanties en raison de la nature même de ses relations avec l'employeur —, cette clémence se justifie beaucoup moins, à nos yeux, lorsque le travailleur ne met pas tout en œuvre pour être en mesure de reprendre son travail rapidement. Nous estimons qu'il s'agit là d'un cas où le degré de la faute peut être fixé de la même manière sur le terrain de l'assurance sociale que sur celui du droit privé.

D. *Le dommage partiellement assuré*

Conformément à l'art. 91 LAMA, la CNA peut réduire proportionnellement ses prestations en argent si l'incapacité de travail n'est qu'en partie l'effet d'un accident assuré [112]. Cette disposition envisage surtout

[111] Exemples jurisprudentiels rendus en application de l'art. 71, al. 3 LAMA : ATFA 1961, p. 221 ; ATFA 1945, p. 77 ; ATFA 1939, p. 49 ; ATFA 1933, pp. 50, 88, 96 et 98 ; ATFA 1932, p. 41 et ATFA 1931, p. 30.

[112] Voir les exemples jurisprudentiels donnés par MAURER, *op. cit.*, pp. 307 à 310.

le cas d'une interruption de travail due à un accident et à une maladie ou le cas d'un accident dont les conséquences sont aggravées par une maladie [113]. Dans une telle situation, la CNA opère une réduction de ses prestations soit verticalement (ex. 50 % au lieu de 80 % du salaire dont le travailleur est privé), soit horizontalement (diminution de la durée pendant laquelle les indemnités pour perte de salaire sont versées). Dans l'une ou l'autre hypothèse, si le travailleur ne reçoit pas de prestations équivalant aux quatre cinquièmes de son salaire pendant le temps limité, c'est à l'employeur de verser la différence, pour autant que la cause concommitante à l'accident soit l'un des motifs d'empêchement prévus par l'art. 324 a CO, et que les autres conditions d'application de cette disposition soient réunies.

E. *La retenue pour frais de garde et d'hospitalisation*

L'art. 75 LAMA dispose que la CNA peut retenir au maximum les trois quarts de l'indemnité pour perte de salaire, ou la moitié si l'assuré a charge de famille, pour couvrir les frais de séjour de l'assuré dans un établissement hospitalier ou pour ceux d'une garde à domicile.

La *ratio legis* de cette disposition est que l'assuré, s'il a droit à des soins, à un traitement, ne doit pas être indemnisé pour des frais d'entretien. C'est la CNA elle-même qui décide de la retenue à opérer, dans les limites de l'art. 75 LAMA. Différents critères peuvent la guider dans son appréciation, tels que le niveau du salaire de l'intéressé, le coût des prestations de l'établissement hospitalier choisi par l'assuré ou les motifs ayant rendu la garde ou l'hospitalisation nécessaires.

La réglementation de l'art. 75 LAMA ne limite pas le droit du travailleur au salaire à raison du CO ; l'employeur peut donc être tenu, le cas échéant, de compléter les indemnités journalières d'assurance. En revanche, il est parfaitement admissible que le juge tienne compte du fait qu'un travailleur célibataire et sans charges de famille, par exemple, fait l'économie de certains frais en cas d'hospitalisation. Cette circonstance peut être prise en considération dans l'estimation de la durée du droit au salaire à teneur de l'art. 324 a, al. 2 CO.

[113] Une maladie latente peut également se déclarer à la suite d'un accident (tuberculose).

Sous-section 2 *La non-intervention de la CNA*

La CNA, nous l'avons vu, couvre aussi bien les risques d'accidents professionnels que non professionnels (art. 67, al. 1 LAMA). L'extension de la couverture aux accidents non professionnels résulte des délibérations des Chambres fédérales lors de la discussion du projet du Conseil fédéral du 10 décembre 1906 [114], lequel ne mentionnait que les accidents professionnels. Afin que la CNA, institution sociale visant à l'origine à assurer les accidents du travail, ne doive pas supporter certains risques non professionnels exceptionnels, le législateur l'a autorisée à exclure de l'assurance les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires (art. 67, al. 3 LAMA).

Dans le cas des dangers extraordinaires, le critère d'exclusion est indépendant de l'auteur et réside dans l'objet de l'action ; il s'agit donc d'un critère purement objectif qui exclut des prestations de l'assurance une série d'actes bien définis [115]. Dans le cas de l'entreprise téméraire, le critère d'exclusion est à la fois objectif et subjectif ; objectif en ce sens que l'entreprise téméraire implique le risque d'un danger particulièrement grave, qui résulte de l'action entreprise, et subjectif parce que la témérité de l'auteur, manifestation de son esprit d'audace, réfléchie ou hasardeuse, doit être appréciée en fonction de sa personnalité [116].

Il faut relever que cette exclusion de l'assurance au sens de l'art. 67, al. 3 LAMA peut se réaliser même en l'absence de faute de l'assuré et qu'il est quelquefois difficile au juge de décider si un acte déterminé

[114] Voir *supra*, chapitre 1, p. 119.

[115] En application de l'art. 67, al. 3 LAMA, le Conseil d'administration de la CNA a établi une liste des dangers extraordinaires non couverts par l'assurance des accidents non professionnels ; la décision la plus récente date du 31 octobre 1967 ; elle mentionne la participation à des rixes et batteries, les dangers courus par une provocation violente d'autrui, la résistance aux organes chargés de faire respecter l'ordre public, la participation et la présence volontaire à des troubles ou à des assemblées interdites par les autorités compétentes, les actes délictueux et le service militaire à l'étranger.

[116] Voir ATFA 1966, p. 140 ; il s'agit d'un arrêt dans lequel le TFA établit une comparaison entre les dangers extraordinaires et les entreprises téméraires.

Ce n'est pas notre propos d'étudier ici l'art. 67, al. 3 LAMA ; nous citerons cependant les arrêts rendus en application de cette disposition :

— dangers extraordinaires :
RO 99, V, p. 9 ; ATFA 1966, p. 5 ; ATFA 1964, p. 71 ; ATFA 1964, p. 10 ; ATFA 1964, p. 5 ; ATFA 1963, p. 238 ; ATFA 1962, pp. 5, 89, 165 et 273.

— entreprises téméraires :
RO 97, V, pp. 72 et 86 ; RO 96, V, p. 100 ; ATFA 1962, p. 280 ; ATFA 1961, p. 267.

d'un assuré constitue une entreprise téméraire au sens de l'art. 67, al. 3 LAMA ou si, au contraire, son comportement doit être qualifié de fautif au sens de l'art. 98 LAMA, sans qu'il entre pour autant dans la catégorie des entreprises exclues de l'assurance [117] ; les conséquences sont fort différentes pour l'assuré car si son activité n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 67, al. 3 LAMA, seule une diminution des prestations vient sanctionner la faute, à condition qu'il n'ait pas causé l'accident intentionnellement.

L'exclusion de la couverture des accidents non professionnels des dangers extraordinaires et des entreprises téméraires est une particularité de la LAMA [118] ; elle se justifie par le but de l'assurance-accidents et l'exigence d'un emploi des primes versées conforme à ce but. Il va de soi qu'elle ne s'applique pas aux relations entre employeurs et travailleurs ; c'est uniquement sur le terrain de la faute que s'apprécie le comportement du travailleur. Il se peut donc qu'un travailleur assuré auprès de la CNA et victime d'un accident non professionnel ne reçoive aucune prestation d'assurance s'il s'est exposé à un danger extraordinaire ou s'est risqué dans une entreprise téméraire. L'employeur reste cependant tenu de lui verser le salaire pendant le temps limité, sous réserve d'une éventuelle réduction de salaire dans les cas de faute grave au sens de l'art. 324 a CO.

Il est intéressant de se demander si, en cas de non-intervention de la CNA, l'employeur est tenu de verser le salaire complet ou seulement les quatre cinquièmes de celui-ci. L'art. 324 b CO ne prévoit pas le cas expressément ; à son second alinéa, il envisage l'hypothèse dans laquelle les prestations de l'assurance sont inférieures aux quatre cinquièmes du salaire pour imposer à l'employeur l'obligation de compléter les indemnités d'assurance jusqu'à concurrence de cette limite [119]. Mais *quid* lorsqu'il n'y a pas de prestations d'assurance ? Faut-il considérer que l'art. 324 b, al. 2 CO s'applique, bien que les prestations ne soient pas versées, ou est-il nécessaire, à défaut de prestations, de conclure à l'absence d'assurance et d'imposer à l'employeur l'obligation de verser le salaire complet en application de l'art. 324 a CO ? La réponse à cette question doit être

[117] Voir à ce sujet RO 98, V, p. 227 et ATFA 1961, p. 10.

[118] Les notions de dangers extraordinaires et d'entreprises téméraires ne se retrouvent par dans la LAM.

[119] Pour ce qui concerne la LAMA, cet alinéa deuxième trouve son application dans les cas que nous avons traités dans la sous-section 1 ci-dessus.

recherchée dans la *ratio legis* de l'art. 324 b CO, qui est la suivante : du moment que l'affiliation obligatoire à l'assurance offre au travailleur la garantie de prestations, certes inférieures au salaire complet, mais pendant une longue durée, il est possible de libérer l'employeur de l'obligation de payer le salaire. Cependant, cette libération est conditionnelle : elle n'intervient que si le 80 % du salaire est couvert par les prestations d'assurance ; si tel n'est pas le cas, l'employeur doit, pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, compléter les indemnités journalières d'assurance jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes du salaire. De ce fait, le travailleur a l'assurance de toujours recevoir le 80 % du salaire pendant le temps limité, puis, ultérieurement, une part du salaire qui est en principe la même mais qui peut, selon les circonstances, être quelque peu inférieure [120]. Dès l'instant où l'institution d'assurance ne verse plus aucune prestation, la compensation entre la durée des prestations et la proportion du salaire couverte ne peut plus intervenir, de telle sorte que le travailleur doit bénéficier du plein salaire pendant le temps limité. A défaut de prestations effectives d'assurance, nous estimons que l'art. 324 b CO n'est pas applicable et que l'obligation patronale à raison de l'art. 324 a CO renaît [121].

Pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, l'employeur est donc tenu de payer le salaire complet, et non pas les quatre cinquièmes de ce salaire, lorsque le travailleur obligatoirement assuré auprès de la CNA est empêché de travailler, sans qu'il y ait de faute de sa part, pour un motif que la CNA a exclu de la couverture d'assurance au titre de danger extraordinaire ou d'entreprise téméraire.

[120] Dans le cadre de la LAMA et de la LAM, cette proportion n'est inférieure aux quatre cinquièmes du salaire que s'il existe un motif de réduction des prestations. Pour ce qui est de la LAPG, il n'y a pas de motif de réduction ou de suppression des prestations mais la couverture du salaire est fréquemment inférieure à 80 %.

[121] Nous avons rencontré le même problème au chapitre 5 de la première partie (*supra*, p. 34), lors de l'étude de l'ancien article 130, al. 1 LAMA et nous avions conclu de la même façon que la libération de l'employeur n'était possible que si les prestations d'assurance avaient été effectivement versées.

§ 3. Les régimes d'assurance-accidents obligatoire en dehors de la LAMA

Section 1 *Généralités*

Le champ d'application de la LAMA est limité à certaines catégories de travailleurs, soit ceux qui sont employés dans une entreprise assujettie à la loi aux termes des articles 60 ss. La couverture des accidents, qu'ils soient professionnels ou non, n'est donc pas garantie pour l'ensemble des travailleurs en Suisse. Afin de combler cette lacune, des efforts ont été entrepris dans différentes directions. Dans les cantons de Genève et du Tessin, c'est la législation cantonale qui a décrété l'assurance contre les accidents obligatoire pour certaines catégories d'entreprises, voire toutes les entreprises qui ne sont pas assujetties à la LAMA [122]. La mise sur pied de conventions collectives de travail et de contrats-types de travail a eu souvent pour effet de compléter la législation fédérale ; la plupart prévoient, en effet, un régime d'assurance contre les risques d'accidents professionnels et non professionnels, l'employeur versant les primes des accidents professionnels, le travailleur celles des accidents non professionnels. Les contrats-types de travail ou les conventions collectives de travail (même celles dont le champ d'application a été étendu), n'ont cependant jamais les mêmes effets qu'une loi de droit public [123]. Enfin, la Confédération s'est efforcée de toucher un plus grand nombre de travailleurs en instaurant des régimes d'assurance-accidents dans deux domaines particuliers, l'agriculture et la navigation maritime.

C'est le développement constant de la mécanisation dans les entreprises agricoles qui a nécessité la mise sur pied d'une assurance couvrant les risques d'accidents professionnels ; cette dernière a été introduite par la LF du 30 octobre 1951 sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne ; l'art. 98 de cette loi dispose que « dans toute exploitation agricole, l'employeur est tenu d'assurer ses employés contre les accidents professionnels ». En outre, l'art. 359,

[122] GE : loi cantonale genevoise du 24 juin 1966 sur l'assurance-accidents obligatoire de certains salariés.
TI : loi cantonale du 11 novembre 1968 sur le travail, complétée par le règlement du 24 août 1970 concernant l'assurance contre les accidents dans les entreprises non assujetties à la LAMA.

[123] Voir ci-après, pp. 167 à 169.

al. 2 CO impose aux cantons d'édicter des contrats-types pour les travailleurs de l'agriculture et du service de maison.

Pour ce qui est de la navigation maritime, les équipages de navires suisses n'ont pas été soumis au régime de la LAMA en raison de difficultés d'application territoriale. La LF du 23 septembre 1953 sur la navigation maritime sous pavillon suisse impose aux armateurs l'obligation d'assurer leurs équipages contre les accidents professionnels et la maladie (art. 84, al. 2). Les prestations minimums et les prescriptions de détail de cette assurance ont été fixées par le Conseil fédéral dans un contrat-type de travail pour l'assurance de l'équipage de navire de mer [124].

Ces différentes assurances-accidents présentent un certain nombre de similitudes, motif pour lequel nous les avons groupées dans ce paragraphe. Avant d'étudier les rapports entre les prestations de ces diverses assurances et l'obligation patronale de verser le salaire, nous nous attarderons à expliquer les raisons pour lesquelles l'art. 324 b CO ne leur est pas applicable. Le champ d'application de cette disposition pourra ainsi être délimité avec davantage de précision.

Section 2 *Caractéristiques communes*

Les quatre régimes d'assurance qui nous intéressent sont tous obligatoires à teneur d'une disposition légale, qu'elle soit cantonale ou fédérale. Bien que toutes ces lois, sources de l'obligation d'assurance, soient publiques, elles n'entraînent que des effets de droit privé, c'est-à-dire que le travailleur n'a aucune prétention de nature publique contre l'assurance ; il n'est couvert que dans la mesure où l'employeur s'est conformé à l'obligation qui lui est imposée d'assurer son personnel. Aucune de ces lois n'a d'ailleurs institué de monopole d'assurance ; l'employeur est généralement tenu de conclure un contrat d'assurance auprès d'une compagnie privée [125]. Toutes imposent à l'employeur d'assurer ses

[124] Contrat-type de travail approuvé par le Conseil fédéral le 23 novembre 1965. Voir ROLF 1965, pp. 1027 ss.

[125] C'est le cas pour la loi genevoise, la Lagr et la LFNM ; il faut relever que les caisses-maladie reconnues peuvent également fonctionner comme assureurs dans la mesure où leurs statuts les autorisent à couvrir le risque d'accident. La loi tessinoise oblige l'employeur à conclure un contrat d'assurance collective auprès d'une institution d'assurance reconnue (art. 10).

travailleurs contre les accidents professionnels au moins ; les lois genevoise et tessinoise étendent la couverture obligatoire aux accidents non professionnels (art. 1, al. 1 de la loi genevoise et art. 9 de la loi tessinoise) [126]. Comme c'est le cas dans la LAMA, les primes afférentes aux accidents professionnels sont exclusivement à la charge de l'employeur, celles relatives aux accidents non professionnels pouvant être mises à la charge du travailleur.

Cette rapide énumération des caractéristiques communes à ces divers types d'assurance révèle plusieurs différences essentielles avec le régime de l'assurance-accidents obligatoire à teneur de la LAMA ; il en résulte que les relations entre ces différentes assurances et l'obligation de l'employeur de payer le salaire ne sont pas régies par l'art. 324 b CO mais sont réglementées séparément dans chaque loi. Avant de traiter brièvement de ces diverses réglementations, il nous semble opportun d'expliquer rapidement pour quelles raisons l'art. 324 b CO ne s'applique pas à toutes les assurances-accidents obligatoires à teneur d'une disposition légale.

Section 3 *Applicabilité de l'art. 324 b CO*

L'art. 324 b CO a pour but de régler le concours pouvant exister entre l'obligation de l'employeur de payer le salaire et celle d'une assurance obligatoire de verser une indemnité pour perte de salaire. Afin d'éviter que l'empêchement de travailler ne soit une source d'enrichissement pour le travailleur, il pose le principe que c'est l'assurance qui est tenue de pourvoir aux conséquences économiques de l'empêchement et non l'employeur. La libération de l'employeur n'est certes pas inconditionnelle puisqu'il doit compléter les prestations d'assurance si celles-ci ne couvrent pas les quatre cinquièmes du salaire dont le travailleur est privé, mais le principe reste néanmoins qu'il est libéré en cas d'assurance obligatoire. Une telle libération, même partielle, se justifie par le fait que le travailleur possède une prétention de nature publique envers l'institution d'assurance, lui donnant la garantie de recevoir les

[126] Les contrats d'assurance conclus en application de la Lagr prévoient généralement la couverture des accidents non professionnels. Le contrat-type pour l'assurance de l'équipage de navire de mer ne mentionne en revanche que les accidents professionnels ; rien ne s'oppose cependant à ce que les marins soient assurés contre les accidents non professionnels.

prestations d'assurance ; en outre, le montant des indemnités journalières doit figurer dans la loi afin que le travailleur sache exactement quels sont ses droits.

Or aucun des régimes d'assurance-accidents obligatoire, exception faite de l'assurance à teneur de la LAMA, n'institue un véritable droit de nature publique de l'assuré envers l'institution d'assurance. Chacun se contente d'imposer à l'employeur l'obligation de contracter une assurance, de telle sorte qu'il peut y avoir des lacunes dans la couverture des accidents ; en effet, si l'employeur ne se conforme pas à son obligation, le travailleur a pour unique ressource d'exiger la réparation du dommage par l'employeur, avec tous les risques que cela implique (aucune garantie en cas d'insolvabilité).

En résumé, l'art. 324 b CO ne s'applique que si le travailleur a une prétention de nature publique envers l'assureur, indépendamment de toute démarche de l'employeur. En effet, le travailleur est toujours dépendant de l'employeur tant que l'affiliation à l'assurance est constitutive de droits, comme c'est le cas de toutes les assurances qui nous intéressent, et non pas déclaratoire de droits (c'est le cas de la LAMA). Certes, il peut paraître curieux que l'art. 324 b CO ne s'applique pas alors qu'il est destiné, en prinicpe, à régler tous les rapports entre les assurances obligatoires découlant d'une disposition légale et le CO. Il faut cependant souligner que les assurances conclues en application des différentes lois qui nous occupent, n'ont que des effets privés et que c'est à ce titre qu'elles ressortissent à l'art. 324 a, al. 4 CO. Le fait que l'assurance soit obligatoire n'y change rien ; en effet, l'art. 324 a, al. 4 CO s'applique aux contrats-types de travail[127] et aux conventions collectives de travail étendues ; les assurances instaurées par de tels contrats ont également un caractère obligatoire fortement marqué sans pour autant que l'art. 324 b CO leur soit applicable. Ils prévoient généralement que l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire s'il participe au financement de l'assurance ; de telles clauses sont valables, en vertu de l'art. 324 a, al. 4 CO, à condition toutefois que les prestations d'assurance soient au moins équivalentes à celles que l'art. 324 a, al. 2 CO accorde aux travailleurs. En principe, c'est donc en fonction de cette notion d'équivalence au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO qu'il faut juger de cas en cas si la couverture prévue par les

[127] C'est précisément par voie de contrat-type de travail que les modalités de l'assurance-accidents pour les équipages de navires de mer ont été fixées.

lois instituant une assurance-accidents obligatoire dépourvue d'effets de droit public est suffisante ou non. Nous verrons cependant que certaines d'entre elles contiennent une réglementation spéciale dérogeant à l'art. 324 a, al. 4 CO.

Section 4 *Les rapports entre les différentes assurances en cause et l'art. 324 a CO*

Les rapports entre l'art. 324 a CO et les assurances-accidents obligatoires en dehors de la LAMA sont réglementés dans toutes les lois instaurant de telles assurances. Avant d'examiner le contenu de ces différentes réglementations, il faut rappeler que la condition générale de validité de tout régime conventionnel [128] dérogeant à l'art. 324 a CO est que les prestations d'assurance soient au moins équivalentes à celles de l'employeur [129] ; si tel n'est pas le cas, l'employeur est tenu de compléter les indemnités journalières d'assurance ; en outre, la responsabilité de l'employeur est engagée s'il viole son obligation d'assurer le personnel qu'il emploie.

Sous-section 1 *L'assurance-accidents des travailleurs agricoles*

Les conditions d'engagement des travailleurs agricoles sont réglées par les art. 98 à 100 Lagr [130]. L'art. 99 dispose que l'indemnité journalière d'assurance est imputée sur le salaire de l'assuré victime de l'accident ; le législateur s'est donc inspiré de la solution instaurée par l'ancien article 130, al. 1 LAMA pour l'assurance-maladie : en cas d'accident professionnel, l'employeur doit payer, pour une période limitée, la différence entre le plein salaire et les indemnités journalières versées par l'assurance. Il en va de même en cas d'accidents non professionnels si leur couverture est prévue dans le contrat d'assurance ; en effet, il faut

[128] Auquel nous avons assimilé le régime obligatoire sans effets de droit public.

[129] La notion d'équivalence des prestations d'assurance et du salaire sera traitée en détail dans la cinquième partie, *infra*, pp. 220 ss.

[130] A l'origine, il s'agissait des articles 96 à 100. Les art. 96 et 97 ont été abrogés par la LF du 25 juin 1971 revisant les titres X et X bis CO (art. 6, chiffre 7 des dispositions finales et transitoires).

considérer que l'employeur, en payant la prime afférente aux accidents professionnels, participe au financement de l'assurance globale contre les risques d'accidents ; il doit donc pouvoir déduire les indemnités journalières d'assurance du salaire en cas d'accident non professionnel. A défaut d'imputation, l'empêchement de travailler aurait pour conséquence d'enrichir le travailleur [131].

L'employeur peut-il invoquer l'art. 324 a, al. 4 CO pour prétendre qu'il n'est pas tenu de compléter les prestations d'assurance jusqu'à concurrence du plein salaire si celles-ci sont, dans l'ensemble, équivalentes à celles de l'art. 324 a, al. 2 CO [132] ? Il nous semble que non car en cas de concours entre l'art. 324 a, al. 4 CO et l'art. 99 Lagr, le second doit prévaloir en application de l'adage *lex specialis derogat generali*. Le travailleur agricole est donc assuré, en vertu de l'art. 99 Lagr de recevoir le salaire complet pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO ; mieux, il bénéficie de l'avantage de la durée des prestations d'assurance et du plein salaire pendant une période limitée [133].

Sous-section 2 *L'assurance-accidents des marins naviguant sous pavillon suisse*

L'art. 74, al. 4 LFNM stipule qu'en cas d'incapacité de travail pour cause de maladie ou d'accident, le droit au salaire est suspendu aussi longtemps qu'une indemnité journalière est payée au marin. Pour estimer la portée de cette disposition, il importe de savoir dans quels cas le marin reçoit une indemnité et quel est le montant de celle-ci. L'art. 84, al. 2 LFNM enjoint à l'armateur d'un navire suisse d'assurer son équipage contre la maladie et les accidents professionnels. En application de l'art. 42 ONM, le Conseil fédéral a approuvé, le 23 novembre 1965, un

[131] Afin d'éviter l'enrichissement sans cause du travailleur, le TF a expressément reconnu que l'ancien art. 130, al. 1 LAMA pouvait s'appliquer par analogie à une compagnie d'assurance privée (RO 96, II, p. 138, *lit.* e). Ce principe reste valable malgré l'abrogation de l'art. 130 LAMA.

[132] Dans les cas d'empêchement de durée relativement longue, en effet, le bénéfice résultant de la durée des prestations d'assurance compense le désavantage que constitue une couverture incomplète du salaire.

[133] Il faut cependant relever que le montant minimum de l'indemnité journalière garanti aux travailleurs agricoles est très modeste (art. 7, *lit.* c de l'ordonnance concernant l'assurance contre les accidents professionnels et la prévention des accidents dans l'agriculture).

contrat-type pour l'assurance de l'équipage de navires de mer ; selon l'art. 6, les prestations de l'assurance-accidents professionnels sont déterminées par la LAMA, sous réserve de certaines exceptions ; parmi elles figure le montant de l'indemnité journalière, qui doit couvrir le 100 % du salaire (jusqu'à concurrence du montant maximum du gain annuel valable pour l'assurance-accidents obligatoire à teneur de la LAMA, soit Fr. 46 800.— [134] ; art. 6, *lit.* a).

En cas d'accident professionnel, l'employeur est donc libéré de toute obligation ; si le salaire du travailleur est supérieur au montant maximum de l'art. 78, al. 2 LAMA, l'employeur n'est pas tenu de compléter les prestations d'assurance puisque le droit du travailleur au salaire est suspendu aux termes de l'art. 74 LFNM. En revanche, la suspension du droit au salaire prévue par l'art. 74 LFNM ne peut s'appliquer aux accidents non professionnels (s'ils ont été inclus dans la couverture de l'assurance) puisqu'aucune disposition ne prévoit de prestations minimums pour ce risque. Les principes valables pour les accidents non professionnels des travailleurs agricoles doivent être appliqués par analogie si les prestations d'assurance ne couvrent pas la totalité de la perte de salaire.

Sous-section 3 *La loi genevoise sur l'assurance-accidents*

Elle impose aux emloyeurs inscrits au Registre du commerce ou assujettis à la taxe professionnelle communale, mais non soumis à la LAMA, d'assurer leurs salariés contre les suites des accidents professionnels et non professionnels (art. 1, al. 1) ; les primes relatives aux accidents professionnels sont exclusivement à la charge de l'employeur (art. 21, al. 1). Sous le titre « relation avec les articles 324 a et 328 a CO », elle stipule, à son article 22, qu'« en cas d'accident survenant à l'un des salariés qu'il occupe, l'employeur assujetti à la présente loi et qui s'est conformé aux obligations prévues à l'art. 21 relatif au paiement des primes, est libéré, sauf faute grave de sa part, de toute obligation découlant des articles 324 a et 328 a CO ». Cette disposition a été reprise textuellement de l'art. 9 de l'ancienne loi du 18 décembre 1959 sur l'assurance-accidents obligatoire de certains salariés [135]. Elle a été critiquée, non sans raison, par A. Berenstein dans un article publié en 1952

[134] Selon l'art. 78, al. 2 LAMA ; voir *supra*, p. 156, note 104.

[135] Abrogée par la loi du 24 juin 1966, actuellement en vigueur.

et intitulé : « législation récente en matière d'assurance-accidents » [136]. Selon l'auteur, l'art. 22 de la loi genevoise doit être considéré comme nul parce que contraire au droit fédéral. En effet, la Confédération jouit d'une compétence exclusive pour légiférer dans le domaine du droit privé [137] ; or, au sens du droit fédéral, la libération de l'obligation de verser le salaire est indépendante de la faute ou de l'absence de faute de l'employeur ; cette disposition de l'art. 22, même si l'on considère que la loi genevoise est une loi de droit public, tend à modifier le droit civil fédéral et doit, de ce fait, être considérée comme nulle en vertu de la force dérogatoire du droit fédéral.

La question de la libération de l'employeur ayant régulièrement assuré son personnel doit donc être examinée exclusivement à la lumière de l'art. 324 a, al. 4 CO ; si les prestations d'assurance sont équivalentes au salaire, l'employeur n'est pas tenu d'intervenir [138]. En fait, il est probable que le législateur genevois ait voulu dire que l'employeur n'était pas libéré, même en cas d'assurance, s'il avait commis une faute intentionnelle ou une faute grave, au sens de l'art. 14 LCA, entraînant une suppression ou une diminution des prestations d'assurance. Il est alors évident que l'employeur doit remplacer ou compléter les indemnités journalières d'assurance.

Sous-section 4 *L'assurance-accidents obligatoire dans le canton du Tessin*

La loi tessinoise sur le travail impose à toutes les entreprises non assujetties à la LAMA l'obligation d'assurer leur personnel contre les accidents professionnels et non professionnels. L'art. 10, *lit.* a précise que le contrat d'assurance doit prévoir, en cas d'incapacité temporaire de travail, une indemnité journalière égale à 80 % du salaire et des revenus accessoires ordinaires à compter du troisième jour après l'acci-

[136] Exposé présenté le 27 mai 1961 lors de la première journée juridique organisée par la Faculté de droit de l'Université de Genève.

[137] Art. 64 Cst.

[138] Il est possible d'admettre que cette condition est remplie en cas d'assurance conforme à la loi puisque l'art. 14, al 2 dispose que les indemnités journalières d'assurance doivent couvrir au moins le 80 % du salaire et que l'art. 21, al. 1 met les primes afférentes aux accidents professionnels à la charge de l'employeur (voir à ce sujet, cinquième partie, pp. 242 à 245).

dent ; les prestations doivent être versées pendant deux ans à l'occasion de chaque accident.

Les rapports entre les prestations d'assurance et celles du CO sont régis par l'art. 17, al. 1 du règlement concernant l'assurance contre les accidents dans les entreprises non assujetties à la LAMA ; il dispose que si l'employeur a satisfait à l'obligation d'assurance et a payé les primes auxquelles il est tenu, le travailleur ne peut plus faire valoir son droit au salaire ou à une part de celui-ci pendant une incapacité de travail consécutive à un accident, dans la mesure où l'institution d'assurance est tenue de verser des prestations complètes. Demeurent réservées les dispositions de l'art. 335 CO lorsque, pour les accidents non professionnels, les primes sont à la charge du travailleur.

La loi tessinoise reprend donc la réglementation de l'ancien article 130, al. 2 LAMA : libération de l'employeur en cas d'accident professionnel et obligation de compléter les indemnités journalières d'assurance pendant une période relativement courte en cas d'accident non professionnel. Or depuis l'entrée en vigueur de la LF du 25 juin 1971, la libération de l'employeur doit être examinée dans chaque cas particulier en fonction de l'art. 324 a, al. 4 CO. L'employeur est donc libéré dans la mesure où les prestations d'assurance sont équivalentes au salaire, que l'empêchement du travailleur soit consécutif à un accident professionnel ou non professionnel. Dans ce dernier cas, l'application de l'art. 324 a, al. 4 CO en lieu et place de la réglementation inspirée de l'ancien art. 130, al. 2 LAMA, peut avoir pour conséquence une diminution des droits du travailleur selon le sens donné à la notion d'équivalence des prestations [139].

Section 5 *Conclusion*

Parmi les assurances obligatoires contre les accidents, seule l'assurance instaurée par la LAMA est régie par l'art. 324 b CO. Les autres régimes échappent à l'art. 324 b CO pour les motifs exposés dans les pages qui précèdent. Les différences que nous avons dégagées nous permettent de délimiter le champ d'application de l'art. 324 b CO avec plus de précision ; cette disposition s'applique dès lors que l'obligation d'assurance existe *de lege*, c'est-à-dire dès que le travailleur est assuré

[139] Voir à ce sujet *infra*, cinquième partie, pp. 242 ss.

en vertu de la loi et non en vertu d'un contrat dont la conclusion dépend de l'employeur. Cette condition d'application de l'art. 324 b CO n'est pas une particularité de l'assurance-accidents ; nous la retrouverons en effet dans le cas de l'assurance-maladie obligatoire [140].

En résumé, il est donc possible de dire que l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire si le travailleur est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale entraînant des effets de droit public contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler qui ne provient pas de sa faute mais est dû à des raisons inhérentes à sa personne et si les prestations d'assurance dues pour le temps limité couvrent les quatre cinquièmes au moins du salaire afférent à cette période.

Si les prestations d'assurance sont inférieures, l'employeur doit payer la différence entre celles-ci et les quatre cinquièmes du salaire.

[140] *Infra*, chapitre 6, pp. 175 ss.

Chapitre VI

L'ASSURANCE-MALADIE

§ 1. Généralités

Le rejet, en date du 8 décembre 1974, de l'initiative populaire pour une meilleure assurance-maladie ainsi que du contre-projet de l'Assemblée fédérale a eu pour conséquence de différer la mise sur pied d'une assurance-maladie obligatoire au niveau fédéral. Le peuple et les cantons ont donc décidé de maintenir les structures de l'assurance-maladie telles qu'elles existent depuis l'entrée en vigueur de la LAMA. Le principe général reste celui de l'affiliation volontaire à une caisse-maladie reconnue ou une compagnie privée d'assurance. Le législateur fédéral, s'il n'a pas imposé l'obligation d'assurance — bien que la disposition constitutionnelle de l'art. 34 bis, al. 2 Cst. lui en donne la compétence — est cependant intervenu pour encourager l'assurance-maladie par le biais de subventionnements aux caisses-maladie reconnues, c'est-à-dire à celles qui satisfont aux conditions qu'il a posées dans la LAMA. Si donc l'obligation d'assurance est inexistante au niveau fédéral, il en va différemment sur le plan cantonal et communal. En effet, la LAMA dispose, en son article 2, al. 1, *lit.* a que les cantons peuvent déclarer obligatoire l'assurance en cas de maladie, que ce soit de manière générale ou pour certaines catégories de personnes. En son alinéa second, cette disposition autorise les cantons à céder leur compétence aux communes. Les dispositions cantonales ou communales instituant un régime d'assurance-maladie obligatoire doivent être soumises pour approbation au Conseil fédéral.

Il apparaît donc d'emblée que le domaine de l'assurance-maladie obligatoire est actuellement très restreint, raison pour laquelle nous ne

lui accorderons qu'une place modeste dans le cadre de ce travail. Il convient cependant de mentionner l'usage qu'ont fait les cantons de leur compétence.

§ 2. L'assurance-maladie obligatoire dans les cantons et ses caractéristiques générales

A notre connaissance, aucun canton n'a instauré d'assurance-maladie obligatoire pour l'ensemble de sa population ; en effet, l'assurance-maladie n'est généralement instituée que pour certaines catégories de personnes, telles les jeunes, les personnes âgées, les étrangers ou encore les personnes dont les ressources financières sont les plus modestes. Dans le cadre de notre travail, seuls les cantons ayant imposé une indemnité journalière pour perte de gain parmi les prestations obligatoires retiendront notre attention. Parmi ces cantons, il faut distinguer ceux qui ont décrété l'assurance-maladie obligatoire sur l'ensemble de leur territoire de ceux qui ont délégué leur compétence aux communes, voire aux compétence.

A. *Cantons ayant instauré un régime d'assurance-maladie obligatoire* [142]

— Appenzell Rhodes Extérieures :
Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung für den Kanton A. Rh, du 30 avril 1967.
Vollziehungsverordnung zum Einführungsgesetz vom 30. April 1967 zum Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung für den Kanton Appenzell A. Rh., du 11 décembre 1967.
— Appenzell Rhodes Intérieures :
Gesetz über die Kranken- und Unfallversicherung im Kanton Appenzell Innerrhoden, du 27 avril 1969.
Verordnung zum Gesetz über die Kranken- und Unfallversicherung des Kantons Appenzell I. Rh., du 19 mars 1970.

[141] C'est le cas du canton des Grisons.

[142] Les sources mentionnées sont celles qui étaient en vigueur au 31 décembre 1974.

— Lucerne :
Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung, du 2 juillet 1968 [143].
Vollziehungsverordnung zum Gesetz über die Einführung des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung, du 20 septembre 1968.
Gesetz über die obligatorische Krankenversicherung ausländischer Arbeitnehmer, des 14 mai 1956 et 26 juin 1962.
— Saint-Gall [144] :
Gesetz über die Krankenversicherung, du 16 octobre 1966.
Vollzugsverordnung zum Gesetzgebung über die Krankenversicherung, du 3 janvier 1967.
— Thurgovie :
Gesetz über die obligatorische Krankenversicherung, du 5 décembre 1966.
Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über die obligatorische Krankenversicherung, du 22 août 1967.
— Zoug :
Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, du 19 novembre 1970.
Vollziehungsverordnung zum Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, du 13 mars 1972.

B. *Cantons ayant autorisé les communes (voire les cercles) à déclarer l'assurance-maladie obligatoire*

— Berne :
Loi concernant l'assurance en cas de maladie, du 28 juin 1964 (art. 8).
— Fribourg :
Loi du 6 mars 1919 sur l'assurance en cas de maladie (art. 4, al. 1).

[143] Cette loi ne prévoit pas expressément la couverture de la perte de gain ; elle autorise cependant les communes à l'inclure parmi les prestations obligatoires ; nous ne la mentionnerons pas sous lettre B, préférant grouper ici les deux types d'assurance-maladie obligatoire lucernoise.

[144] A la suite d'une motion, la question de l'introduction dans le canton de St-Gall d'une assurance obligatoire pour perte de salaire a été examinée. Les travaux préparatoires ont été interrompus en raison de la votation du 8 décembre 1974.

— Grisons :
Gesetz über die Kranken-Versicherung, du 8 avril 1923 (art. 1).
Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, du 30 novembre 1966.
— Schaffhouse :
Gesetz betreffend die Einführung des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung, du 10 mai 1926 (art. 1).
— Schwyz :
Vollziehungsgesetz zum Bundesgesetz über die Kranken- und Unfallversicherung, du 12 septembre 1917 (§ 1, *lit.* a).

C. *Caractéristiques générales*

Il serait vain d'entrer dans le détail de toutes les lois énumérées ci-dessus ; leur importance pratique ne justifie pas une telle étude ; en outre, elles présentent un certain nombre de similitudes qui permettent de dégager les grandes lignes de l'assurance-maladie obligatoire dans les cantons et de se faire une idée suffisante de ce régime d'assurance.

Le cercle des assurés est généralement déterminé par la nationalité (personnes soumises au contrôle de la police des étrangers) ou le niveau du revenu imposable ; seul le canton de Thurgovie a recours à un troisième critère, savoir le montant d'impôt à payer. Tous les cantons sans exception imposent la conclusion de l'assurance auprès d'une caisse-maladie reconnue ; il peut s'agir soit d'une caisse-maladie privée, soit d'une caisse-maladie publique, généralement instituée par une commune ; il n'est pas rare, en effet, que l'exécution et le contrôle de l'assurance obligatoire soient confiés aux communes. Aucun canton n'a crée de caisse publique cantonale unique puisque l'art. 2, al. 1, *lit.* b LAMA leur impose de tenir compte des caisses de secours existantes. En ce qui concerne les indemnités journalières d'assurance, il faut relever qu'elles sont généralement insignifiantes ; en effet, la plupart des cantons se sont contentés de prévoir les prestations minimums telles que la LAMA les indique en son art. 12 bis ; les indemnités journalières d'assurance sont donc de l'ordre de Fr. 2.— à 3.—. Elles ne recouvrent en conséquence qu'une part infime du salaire dont les assurés sont privés ensuite de maladie ; de plus, il convient de mentionner que les indemnités journalières ne sont pas uniquement destinées à compenser la perte de gain

mais qu'elles peuvent, sans contrevenir à la prohibition de surassurance à teneur de l'art. 26 LAMA, couvrir d'autres frais entraînés par la maladie qui ne seraient pas couverts autrement [145]. (Il s'agit, par exemple, de la participation aux frais de l'art. 14 bis LAMA, des fortifiants ne figurant pas dans la liste dressée par le Conseil fédéral en application de l'art. 12, al. 6 LAMA, ou encore de frais de transport ou de frais occasionnés par l'engagement d'une aide ménagère, etc.).

§ 3. Applicabilité de l'art. 324 b CO

Bien qu'elle soit obligatoire et qu'elle résulte de dispositions légales, l'assurance-maladie cantonale imposant le versement d'une indemnité pour perte de salaire ne relève cependant pas de l'art. 324 b CO. Dès lors, il peut paraître superflu d'étudier ce régime d'assurance ; il nous semble au contraire que les motifs justifiant la non-application de l'art. 324 b CO sont suffisamment importants pour être mis en évidence ; ils ont trait à la portée de l'obligation d'assurance et à la participation patronale au financement de l'assurance.

A. *La portée de l'obligation d'assurance*

L'art. 2, al 1, *lit.* b LAMA faisant obstacle à l'institution d'un monopole cantonal d'assurance, les dispositions cantonales ne peuvent pas prévoir l'affiliation automatique des assurés auprès d'une caisse d'assurance, indépendamment de toute manifestation de volonté de leur part ; en effet, toutes les lois cantonales énumérées ci-avant imposent à certaines catégories de personnes l'obligation de s'assurer auprès d'une caisse-maladie reconnue et d'entreprendre les démarches utiles à cet effet ; les assurés ne bénéficient d'aucune prétention de nature publique envers une institution cantonale ou communale d'assurance contre la maladie et leur affiliation est constitutive de droits ; or nous savons que l'art. 324 b CO n'est pas applicable dans ces circonstances, pour les raisons que nous avons développées à propos des assurances-accidents obligatoires ne relevant pas de la LAMA [146].

[145] Conformément à l'art. 16 de l'ordonnance III sur l'assurance-maladie concernant les prestations des caisses-maladie et fédérations de réassurance reconnues par la Confédération, du 15 janvier 1965.

[146] Voir *supra*, pp. 167 à 169.

B. *La participation de l'employeur au paiement des primes d'assurance*

Il serait contraire à l'équité qu'un système d'assurance auquel l'employeur ne participerait pas financièrement le libérât, partiellement ou complètement, de l'obligation de verser le salaire à teneur de l'art. 324 a CO. Si le travailleur verse des cotisations à une institution d'assurance dans le but de se prémunir contre le risque d'une perte de salaire, l'employeur ne peut pas s'en prévaloir, dans le cadre des rapports de travail, s'il n'a pas participé au paiement des primes. Cette règle est valable même si l'assurance est obligatoire. Or l'art. 2, al. 1, *lit.* c LAMA dispose que les cantons qui ont décrété l'assurance contre la maladie obligatoire ne peuvent astreindre les employeurs à des contributions. L'assurance-maladie cantonale obligatoire reste donc sans effet sur les rapports entre employeurs et travailleurs, et plus particulièrement sur l'obligation patronale de payer le salaire au travailleur malade. Ce principe résulte des conditions de validité de tout régime dérogeant à l'art. 324 a CO ; en effet, un système d'assurance ne peut pas se substituer à l'obligation patronale de payer le salaire si l'employeur n'assume pas une partie des charges d'assurance [147] ; en cas d'assurance-maladie obligatoire, l'employeur est donc tenu de verser le salaire complet pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, sans pouvoir déduire les prestations d'assurance du salaire. En conséquence, nous ferons abstraction du régime de l'assurance-maladie obligatoire dans l'étude de l'art. 324 a, al. 4 CO.

[147] Voir *infra*, cinquième partie, pp. 221 ss. Voir en outre *supra*, troisième partie, p. 94.

Chapitre VII

L'ASSURANCE MILITAIRE

§ 1. Les caractéristiques de l'assurance militaire

Si nous avions voulu rester fidèle à notre classification, établie en fonction du risque assuré, il aurait fallu étudier séparément l'assurance-accidents et l'assurance-maladie des travailleurs astreints à un service militaire ou à un service de protection civile. Il nous a paru plus opportun d'étudier l'assurance militaire dans son ensemble ; elle présente en effet un certain nombre de particularités qui lui confèrent un caractère propre et justifient qu'elle soit considérée comme un tout.

L'une de ces particularités réside dans le fait que l'institution communément qualifiée d'assurance militaire n'est pas une assurance au sens propre de ce terme. En effet, les prestations que la Confédération verse aux victimes d'un accident militaire ou d'une maladie contractée pendant une période de service militare [148] ne sont pas financées par leurs bénéficiaires et ne sont pas distribuées en fonction d'une répartition des risques sur un grand nombre de cas comparables. Aucune idée de mutualité n'est à la base du système suisse de couverture des risques inhérents à l'accomplissement d'un service militaire. L'assurance militaire se définit plutôt comme une aide financière de l'Etat qui est due [149] aux soldats en contre-partie de leurs obligations civiques.

[148] L'assurance militaire s'applique également aux différents services de protection civile ; afin de ne pas alourdir inutilement le texte, nous ne parlerons plus dorénavant que de service militaire, étant implicitement entendu que ce terme recouvre celui de service de protection civile.

[149] Ce caractère obligatoire la différencie d'une simple assistance bénévole.

Le fait que l'indemnité pour perte de salaire puisse entrer en concours non seulement avec le salaire mais encore avec les allocations aux militaires pour perte de gain constitue une autre particularité de ce régime. A cet égard, il faut distinguer deux situations :

1) Si le travailleur est atteint dans sa santé pendant une période de service militaire, la question se pose de savoir si les conséquences financières de l'empêchement de travailler doivent être supportées par l'assurance militaire ou par la caisse de compensation compétente pour verser les allocations pour perte de gain. Ni la LAM ni la LAPG ne contiennent de règles permettant de résoudre un tel conflit. La pratique de l'assurance militaire consiste à ne verser l'indemnité pour perte de gain que dès le moment où l'intéressé est licencié du service militaire ou évacué sur un établissement hospitalier ; tant que le soldat est à la troupe, reçoit une solde et par voie de conséquence les allocations pour perte de gain, l'assurance militaire s'abstient d'intervenir.

   Nous estimons que cette pratique répond aux exigences de la logique. En effet, l'institution des allocations pour perte de gain a pour but unique de remédier aux conséquences économiques de l'empêchement des travailleurs appelés sous les drapeaux ; cette caractéristique ne se retrouve pas dans l'assurance militaire dont les prestations principales sont destinées à couvrir les frais médicaux et pharmaceutiques ainsi que les frais d'hospitalisation. De ce point de vue, les allocations pour perte de gain s'analysent un peu comme des prestations spéciales par rapport aux indemnités journalières de l'assurance militaire. En outre, les indemnités pour perte de salaire de l'assurance militaire doivent être versées aux travailleurs dont l'empêchement se prolonge au-delà de la période de service militaire, donc lorsque les allocations pour perte de gain ne sont plus allouées ; de cette manière, les deux institutions sont mises à contribution successivement, chacune intervenant pour les prestations qui lui sont spécifiques.

   D'un autre point de vue, il nous paraît logique que les soldats malades ou victimes d'un accident ne soient pas mieux traités, sur le point particulier de la perte de salaire, que les autres. Il faut relever en effet que les prestations de la LAM sont largement supérieures à celles de la LAPG. Préconiser le versement des indemnités jour-

nalières de la LAM pendant la période de service militaire conduirait à encourager les abus [150].

Enfin, l'art. 20, al. 1 LAM dispose que « lorsque l'assuré subit une perte de gain par suite de son affection, il a droit à une indemnité de chômage ». Or, il apparaît que le travailleur ne subit aucune perte de gain supplémentaire du fait de l'accident ou de la maladie pendant une période de service militaire puisque les allocations pour perte de gain compensent, en principe, la perte de salaire subie pendant cette période.

Il faut encore préciser que la pratique de l'assurance militaire n'est pas favorable aux employeurs puisque la différence entre les prestations d'assurance et les quatre cinquièmes du salaire est à leur charge pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO. En effet, si cette proportion du salaire est en principe couverte par les indemnités journalières de l'assurance militaire, ce n'est généralement pas le cas des allocations pour perte de gain.

2) Si le travailleur est empêché de reprendre son travail après une période de service militaire en raison d'une maladie ou d'un accident contracté pendant ladite période, il y a concours entre l'obligation de l'employeur de payer le salaire et celle de l'assurance militaire de verser les indemnités journalières [151] ; dans cette hypothèse, les allocations pour perte de gain ne sont plus allouées puisque le service militaire a pris fin. La question se pose alors de savoir si l'art. 324 b CO est applicable. L'objet de ce chapitre se limitera à l'étude du concours entre les prestations de l'assurance militaire et celles de l'employeur ; ce type de concours ne peut se réaliser que dans un laps de temps restreint dont la limite inférieure est la fin du service militaire et la limite supérieure celle de la durée du droit du travailleur au salaire.

[150] Notons que l'abus du travailleur profiterait en dernier lieu à l'employeur puisque l'obligation de compléter les prestations d'assurance à teneur de l'art. 324 b, al. 2 CO serait supprimée (ou en tout cas réduite).

[151] L'assurance militaire est tenue, aux termes de l'art. 6 LAM, de prendre en charge toutes les affections qui ont leur origine dans un service militaire, même si elles ne se sont déclarées qu'après le service en question.

§ 2. L'assurance militaire et l'art. 324 b CO

Bien que l'assurance militaire n'ait pas le caractère d'une véritable assurance, les rapports entre les indemnités journalières de l'art. 20 LAM et le salaire dû par l'employeur à raison du CO n'en sont pas moins régis par l'art. 324 b CO. En effet, les conditions d'application de l'art. 324 b CO sont réunies puisque le travailleur astreint au service militaire est assuré obligatoirement, en vertu d'une disposition légale, contre les conséquences économiques d'un empêchement de travailler. La disposition légale en cause est celle de l'art. 1 LAM. L'obligation d'assurance répond aux exigences que nous avons formulées au chapitre 5, à savoir que le travailleur est couvert *ex lege* contre les conséquences de l'accident ou de la maladie ; le seul fait d'entrer en service lui garantit la qualtié d'assuré et lui permet d'émettre une prétention directement envers l'assurance ; l'obligation d'assurance à teneur de la LAM entraîne donc des effets de droit public ; l'affiliation du travailleur intervient en dehors de toute manifestation de volonté de sa part. De plus, les prestations auxquelles les militaires ont droit sont clairement et exhaustivement prévues dans la loi.

Section 1 *Les indemnités pour perte de salaire*

Le cercle des assurés se déduit de l'art. 1 LAM, qui énumère un certain nombre d'activités auxquelles les citoyens peuvent être astreints dans l'intérêt de la Confédération. Bénéficie des prestations de l'assurance quiconque est appelé à accomplir l'une ou l'autre de ces activités. L'assurance s'étend à toute la durée des activités et services mentionnés à l'art. 1 LAM ainsi qu'à toute la période pendant laquelle se manifestent les conséquences d'un accident ou d'une maladie survenus pendant cette période. C'est la Confédération qui supporte seule toutes les dépenses résultant de la couverture des risques d'accidents et de maladie inhérents au service militaire. L'assurance militaire est donc le seul régime libérant l'employeur de l'obligation de payer le salaire alors même qu'il n'a aucune prestation à fournir [152]. La libération de l'em-

[152] Nous avons cependant déjà relevé (*supra*, p. 119, note 16 et p. 131) que le critère décisif n'est pas que l'employeur supporte une part déterminée des primes mais plutôt que le travailleur ne doive pas contribuer dans une plus large mesure que l'employeur au financement de l'assurance.

ployeur est cependant soumise à la condition que les quatre cinquièmes du salaire soient couverts par les prestations d'assurance. Cette proportion du salaire est-elle garantie par la LAM ? La loi stipule, en son art. 20, al. 2 que l'indemnité de chômage est de :

— 80 % du salaire pour les assurés célibataires sans charges de famille.
— 85 % du salaire pour les assurés célibataires avec charges de famille.
— 85 % du salaire pour les assurés célibataires avec charges de famille ou pour les assurés mariés, sans enfants.
— 90 % du salaire pour les assurés mariés, avec enfants.

En vertu de l'al. 3 de cet article 20 LAM, le gain maximum pris en considération est de Fr. 53 520.— par an [153]. Pour les cas d'assurés dont le gain annuel serait supérieur à ce montant, nous renvoyons aux développements relatifs au gain maximum assuré dans la LAMA [154]. Dans l'ensemble, les prestations de l'assurance militaire sont donc égales ou supérieures aux quatre cinquièmes du salaire des travailleurs empêchés pour cause de service militaire. Dans la mesure où les prestations d'assurance ne sont pas réduites pour un motif propre à la LAM, l'employeur est donc complètement libéré de l'obligation de compléter les indemntiés pour perte de salaire [155].

En conséquence, il importe de savoir dans quels cas l'assurance est autorisée à diminuer ses prestations ; nous avons déjà étudié, à propos de la LAMA, quelques caractéristiques propres à un régime d'assurance qui peuvent motiver de telles réductions ; les caractéristiques de l'assurance militaire sont assez proches de celles en vigueur dans la LAMA ; nous ne nous étendrons donc pas sur ce sujet. Nous nous contenterons d'énumérer les motifs de réduction, voire de suppression des prestations de la LAM, en rappelant que l'employeur est tenu de compléter, pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, les indemnités journalières d'assurance si elles tombent au-dessous des quatre cinquièmes du salaire dont le travailleur est privé.

[153] Conformément à la décision de l'Assemblée fédérale du 4 novembre 1974 concernant l'adaptation des prestations de l'assurance militaire à l'évolution des revenus, entrée en vigueur le premier janvier 1975.

[154] *Supra*, chapitre 5, pp. 156 et 157.

[155] Eu égard au fait qu'il ne verse aucune prime d'assurance, cette réglementation est favorable à l'employeur, même s'il doit compléter les allocations pour perte de gain pendant un certain temps.

Section 2 *Les cas de réduction ou de suppression des prestations de l'assurance militaire*

A. *Le dommage dû à la faute de l'assuré*

L'art. 7 LAM dispose que « lorsque l'assuré a, intentionnellement ou par faute grave, ou en commettant un crime, un délit ou une contravention inexcusable à des prescriptions ou ordres de service, causé son affection ou sa mort ou aggravé dolosivement un dommage déjè existant, les prestations de l'assurance peuvent être réduites et même, dans les cas particulièrement graves, complètement refusées.

La décision doit prendre en considération toutes les circonstances du cas, en particulier la gravité de la faute et la situation pécuniaire des ayants droit ».

En comparant l'art. 7 LAM avec l'art. 98 LAMA [156], il est possible de dégager un certain nombre de différences [157]. L'art. 7 LAM dispose qu'en cas de dommage dû à une faute de l'assuré, les prestations de l'assurance peuvent être réduites ; il ne s'agit donc pas d'une obligation absolue ; cette particularité peut s'expliquer par le fait que l'assurance militaire n'est pas une véritable assurance mais plutôt une institution d'aide aux militaires qui, comme telle, n'est pas tenue par le principe de la mutualité ; cette même caractéristique se retrouve dans l'estimation des conséquences de la faute, qui est fonction non seulement de la gravité de la faute mais également de la situation pécuniaire des ayants droit (art. 7, al. 2 LAM). En outre, l'art. 7 LAM ne fait pas de catégories distinctes selon que la faute est intentionnelle ou non, grave ou légère. Certes, la faute légère n'est pas mentionnée et il faut en conclure que l'assurance est tenue dans cette hypothèse [158]. Pour ce qui est de la faute intentionnelle et de la faute grave, elles entraînent toutes deux, au même titre que la commission d'un crime ou d'un délit ou la contravention inexcusable à des prescriptions ou ordres de service, une réduc-

[156] Voir *supra*, chapitre 5, pp. 158 à 160.

[157] Ces différences ne doivent cependant pas nuire au rapprochement souhaitable de la notion de faute au sens de la LAMA et de la LAM, dans le cadre de l'harmonisation des diverses branches d'assurances sociales à laquelle la jurisprudence s'efforce de parvenir. Ex. : ATFA 1966, p. 95 ; RJAM n° 52 et n° 120.

[158] Cette conclusion résulte du principe général de l'assurance sociale et privée selon lequel l'assureur est tenu en cas de faute légère de l'assuré.

tion des prestations ; dans les cas particulièrement graves, les prestations peuvent même être purement refusées [159].

La faute n'est pas appréciée de la même manière dans l'assurance militaire et dans le CO ; en cas de comportement fautif du travailleur en uniforme entraînant une diminution, voire une suppression, des prestations de l'assurance militaire, l'employeur peut, selon les circonstances, être tenu de compléter les indemnités journalières ; en effet, le comportement du travailleur doit être apprécié selon les principes que nous avons dégagés en étudiant la faute au sens de l'art. 324 a CO.

B. *Les cas de réduction de l'art. 41 LAM*

L'art. 41 LAM envisage quatre hypothèses différentes pour lesquelles le travailleur peut se voir opposer une réduction des prestations :

— lorsque l'affection n'a été que partiellement provoquée par des influences subies pendant le service militaire ; il est évident que l'employeur doit compléter les prestations d'assurance lorsqu'elles sont réduites parce que la maladie ou l'accident n'a pas son origine exclusivement dans une période de service militaire.
— lorsque l'affection assurée n'a pour conséquence qu'une incapacité partielle de travail ; l'indemnité journalière d'assurance est réduite dans la mesure de l'incapacité de travail de l'assuré ; aucun problème particulier ne se pose en l'occurrence puisque nous avons vu que le droit du travailleur au salaire est également réduit dans la mesure où l'incapacité de travailler n'est que partielle [160].
— lorsqu'une contravention inexcusable à l'obligation d'annoncer l'affection entraîne une augmentation des dépenses de l'assurance ; ce motif ressortit exclusivement à l'assurance et n'est pas opposable au travailleur dans son droit au salaire à teneur du CO.
— lorsqu'une affection a été cachée dolosivement, les prestations de l'assurance peuvent être réduites ou même complètement refusées. Cette mesure est une sanction du devoir d'annoncer, qui est une

[159] A ce propos, il peut être utile de consulter l'abondante jurisprudence citée par SCHATZ, *op. cit.*, pp. 81 et 82. Voir également ATFA 1960, p. 168 ; ATFA 1955, p. 83 et ATFA 1953, p. 110.

[160] Voir *supra*, troisième partie, p. 99 *in fine*.

particularité du droit des assurances ; comme telle, elle ne s'applique pas aux relations entre employeurs et travailleurs.

C. *La retenue pour hospitalisation*

L'art. 21 LAM dispose :

— al 1 : « L'assurance peut retenir une partie de l'indemnité de chômage pendant que l'assuré séjourne dans un établissement hospitalier. Cette retenue est de 50 % au maximum lorsqu'il est célibataire sans charges de famille et de 25 % au maximum lorsqu'il est célibataire avec charges de famille, ou est marié mais n'a pas de descendants à sa charge. Aucune retenue ne peut être faite sur l'indemnité de chômage revenant à un assuré marié ayant des descendants à sa charge.

— al. 2 : La mesure de cette réduction est déterminée dans chaque cas suivant les conditions et charges de famille de l'assuré ».

Cette réglementation part du principe qu'une retenue est possible en cas d'hospitalisation, étant donné que l'assuré hospitalisé fait l'économie des frais de nourriture, voire de logement, selon sa situation familiale.

L'employeur est tenu de compléter les prestations de l'assurance militaire dans la mesure où elle fait usage de cet article 21 LAM [161].

[161] Voir cependant *supra*, chapitre 5, p. 161.

Chapitre VIII

LE REGIME DES ALLOCATIONS POUR PERTE DE GAIN

§ 1. Les particularités du régime

Le régime des allocations pour perte de gain entre dans le champ d'application de l'art. 324 b CO quand bien même il ne se définit en aucune façon comme une assurance. En effet, la notion de risque, caractéristique de toute assurance, fait défaut en l'espèce puisqu'il est toujours possible de prévoir par avance dans quels cas les allocations devront être versées. En ce qui concerne le financement de cette institution, il faut rappeler que le cercle des cotisants (toute personne astreinte à cotiser à l'AVS en vertu des art. 3 et 12 LAVS) est plus large que celui des bénéficiaires (art. 1 LAPG). Le régime des allocations pour perte de gain ne s'analyse donc pas comme une aide étatique mais comme un système de répartition des ressources prélevées auprès de tous les cotisants au profit d'une partie seulement d'entre eux, ceux qui accomplissent un service militaire [162]. Au niveau des relations entre employeurs et travailleurs, les deux parties participent dans la même mesure au financement des allocations.

Les conditions d'application de l'art. 324 b CO sont réunies au même titre que pour l'assurance militaire ; l'affiliation à une caisse de compensation est déterminée par l'art. 1 LAVS, en dehors de toute manifestation de volonté de la part du travailleur, qui peut faire valoir ses prétentions directement envers la caisse ; les allocations lui sont dues même si l'employeur a failli à l'obligation de cotiser.

Il faut enfin relever que le régime des allocations pour perte de gain est le seul qui ait pour but spécifique et unique de remédier aux conséquences financières d'une perte de gain ; nous verrons cependant que

[162] Nous pouvons faire, à propos du régime des allocations pour perte de gain, la même remarque que celle émise ci-dessus, p. 181, note 148.

l'obligation de l'employeur de compléter les prestations d'assurance, conformément à l'art. 324 b, al. 2 CO, trouve ici sa plus large application. Ce paradoxe résulte de la faible proportion du salaire qui est couverte par les allocations.

§ 2. Le genre et le montant des allocations pour perte de gain

Il n'est pas facile de déterminer avec précision le montant des allocations pour perte de gain ; en effet, il varie selon la situation familiale du bénéficiaire et en fonction de la nature du service qu'il accomplit. La LAPG institue cinq types d'allocations qui correspondent à des situations familiales et professionnelles distinctes. L'une d'entre elles, dite « allocation d'exploitation », doit être écartée de notre étude puisqu'elle s'applique à des personnes de condition indépendante. Restent quatre sortes d'allocations qui sont :

1) l'allocation de ménage ; y ont droit les personnes mariées et les personnes célibataires, veuves ou divorcées qui ont des enfants à charge ou qui sont tenues d'avoir un ménage en propre, en raison de leur situation professionnelle ou officielle. Cette allocation s'élève à 75 % du revenu moyen acquis avant l'entrée en service. Elle est assortie de deux limites ; l'une, inférieure, est de Fr. 18.— au moins ; l'autre, supérieure, est de Fr. 56.30 au plus [163] ;

2) l'allocation pour personne seule : elle est due à toute personne astreinte au service qui n'a pas droit à l'allocation de ménage. Elle doit représenter le 30 % du revenu moyen acquis avant le service et s'élever à Fr. 7.20 au minimum [164] et à Fr. 22.50 au maximum.

A ces allocations de base s'ajoutent deux autres allocations attribuées en fonction des charges de la personne astreinte au service :

3) l'allocation pour enfant : chaque enfant à charge au sens de l'art. 6 LAPG donne droit à une allocation de Fr. 6.80 par jour.

[163] Conformément à la modification de la LAPG du 27 septembre 1973, entrée en vigueur le premier janvier 1974. Voir à ce propos la note 175 de la page 195 et l'*addendum* de la page 196.

[164] C'est le montant de l'allocation versée aux recrues célibataires (art. 9, al. 2 LAPG).

4) l'allocation d'assistance : elle est de Fr. 13.50 par jour pour la première personne assistée et de Fr. 6.80 par jour pour chacune des autres personnes assistées [165].

Ces différentes allocations sont octroyées aux travailleurs accomplissant un service « régulier ». La limite inférieure de l'allocation de ménage et de l'allocation pour personne seule est portée à Fr. 37.50, respectivement Fr. 18.— par jour, pendant les périodes de service accomplies dans l'année en vue d'accéder à un grade plus élevé. La limite supérieure, en revanche, est la même. Il est donc possible qu'une même personne remplisse les conditions nécessaires à l'octroi de plusieurs allocations ; c'est le cas, par exemple, d'un travailleur marié avec deux enfants et entretenant l'un de ses parents. Les prestations totales qui devraient lui revenir, conformément au barème décrit ci-dessus et en tenant compte des limites maximums, s'élèveraient à Fr. 83.40 par jour. Notre emploi du conditionnel est déterminé par l'art. 16 LAPG, qui dispose que l'allocation totale ne saurait excéder Fr. 75.— par jour, ce qui correspond approximativement à une allocation mensuelle globale de Fr. 2 250.—. Ce simple exemple chiffré, choisi de façon à ce que tous les types d'allocations soient dus, suffit à démontrer que les allocations pour perte de gain sont insuffisantes, dans bien des cas, pour couvrir le salaire des travailleurs. Il est impossible de ranger les travailleurs en catégories établies en fonction de la part du salaire couverte par les allocations. En effet, leur montant varie de cas en cas ; il est cependant possible d'affirmer, d'une façon générale, que les allocations pour perte de gain sont toujours insuffisantes pour les travailleurs ne bénéficiant que de l'allocation pour personne seule et, dans la plupart des cas, insuffisantes pour les autres travailleurs en service. Elles le sont non seulement en fonction du salaire global mais également en fonction de la proportion du salaire qui doit être couverte pour que l'art. 324 b CO s'applique.

§ 3. Les rapports entre le CO et les allocations pour perte de gain

La modicité des allocations pour perte de gain a favorisé, sous l'empire de l'ancien droit, la conclusion d'accords dérogatoires à l'ancien

[165] Pour ce qui concerne la notion de personne assistée, voir l'art. 7 LAPG.

art. 32 LAPG, aux termes desquels l'employeur s'engageait à compléter les allocations du travailleur appelé sous les drapeaux jusqu'à concurrence du salaire complet ; ces accords s'appliquaient généralement aux cours de répétition ; en cas de service militaire de plus longue durée, l'employeur avait coutume de verser le salaire complet pendant la durée équivalant à un cours de répétition, puis une partie seulement de celui-ci par la suite ; il arrivait aussi que la couverture du salaire variât en fonction des charges et de la situation familiale du travailleur [166]. De tels accords se rencontraient fréquemment dans les conventions collectives de travail. Les prestations de l'employeur dépassant le montant des allocations prévues par la loi s'analysaient comme des prestations volontaires [167]. Qu'en est-il sous l'empire de l'art. 324 b CO ? Des dérogations conventionnelles y ont-elles encore leur place ? Il convient de reprendre les deux hypothèses envisagées ci-dessus, savoir une période de service militaire normale (un cours de répétition, pour simplifier) et une période de service militaire de longue durée (un service d'avancement telle qu'une école d'officier, par exemple).

Section 1 *Les cours de répétition*

La durée d'un cours de répétition peut être estimée, en règle générale, à trois semaines. Elle correspond au temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO lorsque les rapports de travail ont été conclus pour trois mois ou ont duré au moins trois mois [168]. Si l'employeur paie le salaire complet et encaisse les allocations pour perte de gain, il fait une prestation volontaire d'un montant correspondant à la différence entre le

[166] Dans les cas de service d'avancement, il était fréquent de rencontrer des accords garantissant au travailleur son salaire (ou une partie seulement) pour toute la durée du service, à condition qu'il s'engage à rester auprès de l'employeur pendant une certaine période après l'accomplissement du service militaire en question. Les prestations de l'employeur ne pouvaient donc pas être considérées comme bénévoles puisqu'elles représentaient la contre-partie d'un engagement du travailleur.

[167] Nous parlons de prestations volontaires parce que l'employeur n'y était pas tenu de par la loi ; dans la mesure où elles résultaient d'un accord, il serait préférable d'utiliser l'expression de « prestations conventionnelles » ; voir DTA, vol. 3, p. 1.

[168] En cas de durée d'engagement indéterminée et de service militaire payé entièrement par l'employeur, un problème se pose si une partie rompt le contrat de travail. Voir à ce propos *supra*, troisième partie, pp. 108 ss.

80 % et le 100 % du salaire [169]. La différence entre les allocations qu'il reçoit et le 80 % du salaire ne constitue pas une prestation volontaire de sa part mais une prestation obligatoire en vertu de l'art. 324 b CO. En effet, l'employeur doit, pendant le temps limité, compléter les allocations pour perte de gain jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes du salaire ou verser le 80 % du salaire et encaisser les allocations. Il ne peut cependant les encaisser que dans la mesure où elles sont inférieures ou égales au 80 % du salaire, sinon il réaliserait un gain. Nous avons vu que même dans les cas les plus optimistes, les allocations pour perte de gain ne couvrent pas toujours le salaire perdu ; il se peut cependant qu'elles soient légèrement supérieures aux quatre cinquièmes du salaire si celui-ci est peu élevé [170]. Si donc les allocations pour perte de gain sont supérieures au 80 % du salaire, l'employeur doit les verser intégralement au travailleur, sauf bien entendu s'il paie le salaire complet.

Les prestations imposées à l'employeur par l'art. 324 b CO à titre de complément aux allocations pour perte de gain doivent être assimilées au salaire dû en vertu de l'art. 324 a CO ; dès lors, le droit du travailleur au salaire en est réduit d'autant s'il est empêché de travailler, au cours de la même année, pour un motif différent du service militaire ; cette conséquence peut être relativement lourde si d'aventure le travailleur est astreint à accomplir deux périodes de service militaire dans la même année.

Section 2 *Les services d'avancement*

Nous écartons d'emblée l'hypothèse selon laquelle la durée du service d'avancement serait la même que le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO ; elle rejoindrait, en effet, celle que nous avons envisagée

[169] Etant donné qu'il s'agit de prestations volontaires (ou conventionnelles), l'employeur ne peut pas, à notre avis, les déduire du salaire dû au travailleur lors d'un empêchement ultérieur ; en revanche, il nous semble que le juge peut tenir compte de cet élément au titre de circonstance particulière propre à déterminer la durée du temps limité au sens de l'art 324 a, al. 2 CO.

[170] Exemple : salaire mensuel : Fr. 2 200.— ; salaire dont le travailleur est privé pour cause de service militaire : Fr. 1 650.—. Couverture minimum pour que l'art. 324 b CO s'applique : 80 % de Fr. 1 650.— : Fr. 1 320.—. En reprenant l'hypothèse décrite ci-dessus (voir *supra*, p. 191), les allocations pour perte de gain peuvent s'élever à : 21 jours x Fr. 75.— (limite maximum) = Fr. 1 575.—.

dans la section précédente ; en outre, un tel exemple est peu probable (ou en tout cas très rare) du fait que la durée moyenne des services d'avancement auxquels nous faisons allusion ici est d'environ quatre mois et que les travailleurs qui y sont astreints sont relativement jeunes : ils n'ont donc généralement pas accompli suffisamment d'années de travail auprès du même employeur pour avoir droit au salaire pendant quatre mois en cas d'empêchement.

Par mesure de simplification, nous envisageons l'hypothèse d'un service militaire d'une durée de quatre mois et d'un droit au salaire pour une période d'un mois. Aux termes de l'art. 324 b CO, l'employeur n'est libéré de l'obligation de payer le salaire que si le travailleur reçoit l'équivalent des quatre cinquièmes de son salaire pour le temps limité. Comme cette proportion n'est que très rarement couverte par les allocations [171], l'employeur est généralement tenu de les compléter pendant le premier mois de service militaire. Pour les trois mois restants, le travailleur doit se contenter des allocations pour perte de gain.

Est-il possible de convenir entre employeurs et travailleurs que le salaire soit versé dans une plus faible proportion que les quatre cinquièmes (par exemple la moitié ou les deux tiers) mais pendant toute la durée du service militaire ? En termes plus généraux, est-il possible de déroger par une convention à la réglementation instaurée par l'art. 324 b CO ? A notre avis, un tel accord dérogatoire est possible en vertu du caractère relativement impératif de cette disposition (art. 362 CO) [172] ; il n'est valable, notons-le, que si les prestations que le travailleur reçoit de l'employeur sont au moins équivalentes à celles qu'il aurait reçues en l'absence d'accord ; autrement dit, le régime conventionnel doit garantir au travailleur des prestations équivalentes à celles qu'il aurait reçues en cas d'application du régime légal (prestations de l'employeur puis de la caisse de compensation seule). Il est bien entendu impossible de dire dans quels cas il y a équivalence puisque les allocations varient d'un individu à l'autre. La comparaison entre les deux régimes doit donc être établie dans chaque cas.

[171] Encore plus rarement que dans le cas des cours de répétition puisque les services d'avancement s'accomplissent généralement à un âge où les militaires ont peu de charges de famille.

[172] Voir ci-dessous, p. 196.

§ 4. Aperçu critique et conclusions

En substituant l'obligation limitée de l'employeur de payer le salaire à teneur de l'art. 324 b CO à la libération inconditionnelle de l'ancien art. 32 LAPG, il ne fait pas de doute que le législateur a amélioré la condition du travailleur appelé à accomplir un service militaire. Nous avons même remarqué que l'art. 324 b, al. 2 CO trouvait sa plus large application lorsque les prestations de l'employeur entraient en concours avec les allocations pour perte de gain. Il est cependant permis de se demander si la proportion du salaire qui doit être couverte (80 %) a ici une quelconque signification. Pour les services militaires de courte durée, la plupart des employeurs paient le salaire complet, politique rendue nécessaire par les conditions du marché du travail. En cas de service militaire de longue durée, il est fréquent que les parties règlent la question du droit du travailleur au salaire par voie d'accord et la couverture des quatre cinquièmes du salaire n'intervient que pour déterminer s'il y a équivalence des prestations ; il est curieux de noter à ce propos que la notion d'équivalence est appréciée en l'espèce en fonction de l'article 324 b CO [173].

En outre, on peut se demander s'il est logique que l'obligation de compléter les prestations d'assurance s'applique en cas de service militaire ; à notre sens, il conviendrait de décharger l'employeur de cette obligation ; de même que nous avons préconisé, *de lege ferenda*, la libération de l'employeur dans les cas d'accomplissement d'une fonction publique [174], de la même façon nous estimons que l'effort de défense nationale doit être soutenu par des institutions *ad hoc* qui soient suffisamment efficaces en elles-mêmes pour remédier à la perte de gain que subissent les travailleurs astreints au service militaire. Ces institutions existent : ce sont les allocations pour perte de gain ; il suffirait donc de les adapter de telle façon qu'elles couvrent intégralement la perte de salaire, au moins pour les périodes de service militaire de courte durée, tels que les cours de répétition [175].

[173] En règle générale, la notion d'équivalence entre le salaire et les prestations d'un régime conventionnel s'apprécie à la lumière de l'art. 324 a, al. 4 CO.

[174] Voir *supra*, deuxième partie, p. 54.

[175] Le Conseil fédéral a autorisé le Département fédéral de l'Intérieur, le 18 avril 1973, à soumettre pour avis aux gouvernements des cantons, aux associations de l'économie et à d'autres organisations, le projet d'une revision de la LAPG en faveur des militaires et des personnes qui servent dans la protection

Enfin, nous avons répondu affirmativement à la question de savoir s'il est possible de convenir d'une réglementation dérogatoire à l'art. 324 b CO. Le sens de cette réponse n'est pas aussi évident qu'il y paraît de prime abord ; en effet, la disposition relative à la réglementation dérogatoire figurait dans le projet du Conseil fédéral à l'alinéa 2 de l'art. 324 b CO et englobait par conséquent l'art. 324 b, al. 1 CO (qui ne s'appliquait encore qu'aux rapports entre la LAMA et le CO). Lors des délibérations au sein des commissions parlementaires, il fut décidé de faire de cet article 324 b, al. 2 CO un quatrième alinéa de l'art. 324 a CO. Faut-il en conclure qu'il ne saurait s'appliquer à l'actuel art. 324 b CO ? Certainement pas puisque l'art. 324 b CO est relativement impératif. La modification apportée au projet du Conseil fédéral par les commissions parlementaires visait à améliorer l'ordonnance du texte législatif [176] : tout d'abord le principe général, puis les modalités d'une réglementation dérogatoire possible, et enfin les exceptions au principe. Si le législateur avait voulu limiter la possibilité de s'écarter conventionnellement du régime légal au seul art. 324 a CO, il aurait fait de l'art. 324 b CO une disposition absolument impérative.

civile. Ce projet prévoyait, à titre de mesure immédiate, une augmentation de 50 % de tous les taux d'allocation fixés en francs. Cette augmentation est entrée en vigueur le premier janvier 1974. Cependant, les allocations exprimées en pourcent du revenu acquis avant le service n'ont pas subi de changement.

Addendum

Au cours de l'année 1975, le régime des APG a fait l'objet d'une 4e revision, qui a été élaborée postérieurement à la rédaction de ce chapitre ; son entrée en vigueur a été fixée au 1er janvier 1976. Depuis cette date, les allocations pour perte de gain sont les suivantes :

— allocation de ménage : 75 % du gain journalier ; limite inférieure : Fr. 25.— (Fr. 50.— pour un service d'avancement) ; limite supérieure : Fr. 75.— ;
— allocation pour personne seule : 35 % du gain journalier ; limite inférieure : Fr. 12.— (Fr. 30.— pour un service d'avancement) ; limite supérieure : Fr. 35.—;
— allocation pour enfant : Fr. 9.— par jour ;
— allocation d'assistance : Fr. 18.— pour la première personne assistée, Fr. 9.— pour les autres personnes assistées.

Le montant maximum de l'allocation totale est de Fr. 100.—. Pour plus de détails, voir RCC 1975, pp. 174 ss, 277 et 278, 410 ss.

[176] Voir à ce propos *infra*, cinquième partie, p. 203.

Cinquième partie

La réglementation dérogatoire à l'obligation de verser le salaire

(étude de l'art. 324 a, al. 4 CO)

Chapitre premier

LA NATURE DE L'ARTICLE 324 a CO

Nous avons vu dans la première partie de ce travail que l'une des nombreuses questions controversées au sujet de l'art 335 CO ancien était celle de savoir si l'obligation de l'employeur de verser le salaire était d'ordre public ou si, au contraire, cette disposition pouvait être écartée par un accord entre les parties [1].

Le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 20 mai 1970 en la cause Inzerillo c/ Dietrich [2], a tranché la question en précisant que l'art. 335 CO était de droit impératif mais que les parties pouvaient convenir d'une réglementation différente, à la condition que le travailleur reçût des prestations équivalentes à celles que lui garantissait le régime légal. Cet arrêt important, sans résoudre tous les problèmes que pose la possibilité pour les parties de convenir d'une réglementation dérogatoire, reflétait l'opinion dominante en la matière, qui considérait l'art. 335 CO ancien comme une disposition de droit relativement impératif.

Ce caractère relativement impératif, dégagé par la doctrine et la jurisprudence, a été repris par le législateur de 1971 ; on peut même dire qu'il l'a été doublement. En effet, l'art. 324 a CO, de même d'ailleurs que l'art. 324 b CO, figure à l'art. 362 CO, lequel énumère toutes les dispositions du titre X CO de nature relativement impérative. Les parties peuvent déroger aux réglementations en question à condition d'accorder aux travailleurs des droits au moins équivalents

[1] Voir *supra*, première partie, pp. 36 à 38.
[2] Paru au RO 96, II, pp. 133 ss.

à ceux que leur octroie la loi. Ce principe n'apporte rien de nouveau par rapport à la situation antérieure, si ce n'est qu'il insère dans le texte légal une solution qu'avaient échafaudée la doctrine et la jurisprudence, et lui donne par là même davantage de poids [3]. Non content de ranger les art. 324 a et b CO parmi les dispositions relativement impératives du titre X CO, le législateur a prévu, de surcroît, un alinéa distinct mentionnant expressément qu'un accord entre parties peut déroger à l'obligation de l'employeur de verser le salaire dans la mesure où le travailleur a l'assurance de bénéficier de prestations équivalentes à celles que lui garantit la loi.

En donnant force de loi à la réglementation mise sur pied par la pratique et la jurisprudence, le législateur, soucieux de protéger les droits des travailleurs, a prévu une cautèle : tout accord modifiant les termes des art. 324 a et b CO doit revêtir la forme écrite.

Nous aborderons les questions de forme et de contenu des accords dérogeant aux art. 324 a et b CO ultérieurement [4] ; nous pouvons néanmoins préciser immédiatement que ces accords consistent, dans la très large majorité des cas, à affilier le travailleur à une institution d'assurance, dans le but de substituer les prestations d'assurance au salaire dû par l'employeur.

Les dérogations conventionnelles avaient pris suffisamment d'importance, sous l'empire de l'ancien art. 335 CO, pour que plusieurs associations de salariés proposent, pendant la procédure de consultation en vue de la revision du contrat de travail, d'insérer dans la loi le principe de l'affiliation obligatoire du travailleur à une institution d'assurance pour les cas de maladie et d'accidents, et de ne prévoir l'obligation de l'employeur de payer le salaire qu'à titre subsidiaire [5]. Le Conseil fédéral n'a cependant pas repris cette proposition dans son projet, estimant à juste titre qu'elle devait être examinée à l'occasion d'une revision de la LAMA.

La question d'une telle insertion dans le CO fut à nouveau débattue au sein des commissions parlementaires, à la suite d'une proposition du conseiller national Heil visant à rendre obligatoire l'assu-

[3] La méthode consistant à préciser dans le corps de la loi les articles d'une réglementation spéciale (*in casu* le contrat de travail) qui sont impératifs, relativement impératifs ou dispositifs, a été inspirée au législateur par la LCA ; elle a le mérite d'éviter des erreurs d'interprétation et des controverses sans fin.

[4] *Infra*, chapitre 3, pp. 204 ss.

[5] Message du Conseil fédéral, FF 1967, II, p. 344.

rance contre la perte de gain en cas de maladie [6]. Cette proposition stipulait : « Le travailleur est tenu de s'assurer de manière adéquate, auprès d'une caisse d'assurance reconnue par la Confédération, contre la perte de salaire consécutive à la maladie. L'employeur doit contribuer au versement des primes jusqu'à concurrence d'au moins cinquante pour cent. Un accord, un contrat-type de travail ou une convention collective de travail peut prévoir un régime différent. Dans tous les cas cependant où le travailleur est empêché de travailler sans sa faute, pour cause de maladie, d'accident ou pour d'autres raisons, l'employeur lui verse son salaire, pour la période en cause, pendant deux semaines au moins, et après plus d'un an de travail, pendant un plus long intervalle fixé équitablement ».

Les reproches formulés à l'égard de cette proposition furent de deux ordres :

1) Au niveau des principes, de nombreux parlementaires étaient d'avis que l'institution d'un régime d'assurance obligatoire relevait de la LAMA et ne devait pas figurer dans le CO. Les partisans de la priorité à donner au régime d'assurance craignaient cependant — leur point de vue n'était pas dénué de tout fondement — qu'une revision de la LAMA sur ce point ne vît le jour avant longtemps et que leur proposition tombât dans l'oubli ; ils étaient, en outre, d'avis que le problème de l'indemnité pour perte de salaire ne serait envisagé qu'accessoirement, la priorité allant aux frais médicaux et pharmaceutiques ainsi qu'aux frais d'hospitalisation. Il faut bien admettre qu'au point de vue de la logique juridique, l'obligation d'assurance pour les cas de maladie relève plus de la LAMA que du CO ; il suffit, pour s'en rendre compte, de penser que le cercle des assurés n'est pas le même selon que l'assurance est instituée par la voie de la LAMA ou du CO, et qu'une limitation de l'obligation d'assurance aux seuls salariés ne se justifie pas pour les cas de maladie. Nous sommes d'avis qu'une généralisation de l'assurance contre la perte de salaire n'a pas sa place dans le CO ; dans le cas qui nous occupe, le but de cette loi doit se limiter à régler les relations juridiques entre employeurs et travailleurs d'une part et les différentes assurances en cause d'autre part.

[6] Cette proposition a été formulée lors de la seconde séance de la commission du Conseil national, tenue les 14 et 15 février 1968 à Lucerne.

2) Au niveau de la réglementation de détail, la proposition Heil était critiquable, en raison notamment de son imprécision ; que fallait-il entendre par « s'assurer de manière adéquate » ? Quelles devaient être les prestations minimums de l'assurance ? Leur durée ? Qu'advenait-il lorsque l'employeur omettait d'assurer le travailleur ou que ce dernier refusait de se laisser assurer ? Autant de questions laissées sans réponse. En outre, il fut reproché à la proposition Heil de ne faire mention que des seules caisses maladie reconnues. Bien que le second alinéa prévût expressément l'hypothèse d'une réglementation dérogatoire, le principe de l'affiliation obligatoire auprès d'une caisse maladie recocnnue subsistait néanmoins ; une telle prescription conférait auxdites caisses un privilège qui fut jugé exorbitant.

En définitive, la priorité ne fut donc pas donnée à un régime d'assurance. Ce dernier peut être instauré par voie de réglementation contractuelle dont la souplesse permet de tenir compte des particularités de l'activité professionnelle en cause. A notre point de vue, un système général d'assurance obligatoire contre la perte de salaire n'aurait sa place dans le CO que s'il embrassait tous les motifs d'empêchement de l'art. 324 a CO. A défaut, le meilleur régime consiste à prévoir l'obligation de payer le salaire à titre de prestation prioritaire et de precsrire la libération (totale ou partielle) de l'employeur dans tous les cas d'assurance obligatoire contre la perte de salaire. En autorisant par ailleurs les parties à conclure un accord dérogatoire, la loi leur garantit une certaine liberté de manœuvre dans la réglementation de leurs rapports contractuels.

Il est évident que l'al. 4 de l'art. 324 a CO, de par son contenu et son but, est de nature dispositive.

Chapitre II

LA SYSTEMATIQUE DU TEXTE LEGAL

Dans le projet du Conseil fédéral, le régime dérogatoire à l'obligation de l'employeur de payer le salaire figurait à l'alinéa 2 de l'art. 324 b CO. L'ordonnance de ce projet était la suivante : l'art. 324 a CO énonçait le principe général et l'art. 324 b CO contenait les deux exceptions à ce principe, savoir la libération de l'employeur en cas d'accident professionnel couvert par la CNA et en cas d'accord entre parties prévoyant une réglementation dérogatoire offrant au travailleur des prestations équivalentes à celle du régime légal. L'extension de la libération de l'employeur à tous les types d'assurance obligatoire à teneur d'une disposition légale a eu pour effet de modifier l'ordre des dispositions, l'alinéa 2 de l'art 324 b du projet du Conseil fédéral devenant l'alinéa 4 de l'art. 324 a CO ; cette modification résultait du fait que l'art 324 b CO allait constituer une réglementation distincte qui ne pouvait pas englober le régime dérogatoire conventionnel. Il est légitime de se demander pour quelles raisons celui-ci n'a pas été l'objet d'une disposition séparée faisant suite à l'art. 324 b CO. En effet, nous avons vu qu'un accord entre parties peut déroger à l'art. 324 b CO [7] et non seulement à l'art. 324 a CO, comme la systématique actuelle du texte légal pourrait le laisser croire. A notre avis, il eût été préférable d'adopter l'ordre suivant : art. 324 a CO : principe général : obligation de l'employeur de payer le salaire. Art. 324 b CO : libération conditionnelle de l'employeur dans les cas d'assurance obligatoire. Art. 324 c CO : libération totale de l'employeur en cas d'accord dérogatoire entre parties octroyant au travailleur des prestations au moins équivalentes.

C'est la systématique que nous avons adoptée dans le présent ouvrage.

[7] *Supra*, quatrième partie, p. 196.

Chapitre III

LA FORME ET LE CONTENU DES ACCORDS DEROGATOIRES A L'ART. 324 a, al. 1 à 3 CO [8]

§ 1. La forme

Il existe plusieurs supports possibles à un régime dérogeant au principe général de l'art. 324 a CO ; il peut s'agir d'un accord particulier entre l'employeur et le travailleur, d'un contrat collectif entre un employeur ou un groupement d'employeurs et un groupement de travailleurs ou encore d'un contrat-type de travail.

a) Un accord particulier entre l'employeur et le travailleur. La loi impose la forme écrite comme condition de validité de tels accords [9] ; cette exigence découle du caractère relativement impératif de l'art. 324 a CO et vise à protéger la partie la plus faible au contrat, le travailleur. Certes, le danger que l'employeur se soustraie à l'obligation de payer le salaire par voie d'accord tacite avec le travailleur est atténué par le droit du travailleur d'exiger des prestations équivalentes à celles que lui garantit la loi ; dans bien des cas cependant, le travailleur hésite à le faire ; l'employeur peu scrupuleux est certainement plus réticent lorsque la forme écrite est imposée. Un

[8] Nous laisserons de côté, dans la suite de ce travail, les accords dérogatoires à l'art. 324 b CO, qui sont très particuliers et ne se rencontrent guère qu'à propos des allocations pour perte de gain.

[9] A propos de l'importance de la forme écrite, citons un arrêt du Tribunal fédéral du 23 juin 1971, paru au RO 95 I, p. 305, dans lequel notre Haute Cour a refusé d'examiner si les modalités du système d'assurance instauré en l'espèce pouvaient être considérées comme équivalentes au salaire à raison du CO, pour le motif que l'employeur n'avait pas prouvé ni même allégué qu'une telle substitution résultât d'une convention collective ou d'un contrat individuel de travail conclu avec l'intéressé, ni que cette affiliation à l'institution d'assurance fût de nature à le libérer de l'obligation de payer le salaire.

accord particulier entre employeur et travailleur dérogeant à l'art. 324 a CO doit donc toujours faire l'objet d'un contrat individuel de travail ou être contenu dans celui-ci.

b) Une convention collective de travail. D'après son but, la convention collective de travail se définit comme un accord entre un groupement de travailleurs d'une part et un groupement d'employeurs [10] ou un employeur individuel d'autre part, destiné à réglementer les conditions de travail entre les parties. D'après ses effets juridiques, elle s'analyse comme un contrat ; si les parties le souhaitent, elle peut entraîner en outre un effet particulier selon lequel les dispositions prévues relatives aux rapports de travail s'imposent aux parties de façon impérative, sans qu'il leur soit possible d'y déroger [11]. Etant donné qu'il s'agit d'une réglementation collective, il est évident qu'elle revêt toujours la forme écrite. Elle permet de contenir des dispositions spécifiques à l'activité économique concernée que la loi, de par son caractère général, ne peut pas prendre en considération.

c) Un contrat-type de travail. Le contrat-type de travail est une ordonnance édictée par l'autorité exécutive (le Conseil fédéral sur le plan national et les gouvernements cantonaux sur le plan cantonal) et destinée à établir des clauses sur la conclusion, l'objet et la fin des diverses espèces de contrat de travail. Comme la convention collective, le contrat-type de travail réglemente les rapports de travail propres à un secteur économique déterminé ; il est dès lors logique qu'il tienne compte des circonstances particulières à la branche économique en question, lesquelles peuvent justifier une réglementation quelque peu différente du texte de loi. La forme écrite est bien entendu la seule possible.

§ 2. Le contenu

Aborder le contenu des accords dérogeant à l'art. 324 a CO, c'est se poser la question de savoir quels sont les éléments de cette disposition qu'il est possible de modifier et dans quel sens. A notre avis,

[10] Les groupements d'employeurs ou de travailleurs doivent avoir la personnalité juridique. Voir SCHWEINGRUBER et BIGLER, *op. cit.*, p. 37 et 38.

[11] Définition donnée par SCHWEINGRUBER et BIGLER, *op. cit.*, p. 21.

le contenu du régime dérogatoire à l'art. 324 a CO peut être divisé en deux grandes catégories, d'inégale importance d'ailleurs.

La première catégorie contient des accords qui dérogent à la réglementation de l'art. 324 a CO sur l'un ou l'autre point particulier mais conservent le même canevas que le texte légal, donc maintiennent l'obligation de l'employeur de verser le salaire. Les modifications possibles touchent alors aux conditions d'application de l'art. 324 a CO et aux modalités de l'obligation patronale de payer le salaire. Pour être valables, de tels accords doivent toujours être à l'avantage des travailleurs ; il en serait ainsi, par exemple, des conventions prévoyant :

— une extension des motifs d'empêchement justifiant le droit au salaire (faits objectifs, congés de formation, etc.) ;
— une durée des prestations qui serait plus longue que celle instaurée par l'échelle bernoise ;
— la naissance des prestations dès le début des rapports de travail même dans le cas des contrats de travail de durée indéterminée.

Il est possible d'imaginer également des accords prévoyant une réglementation différente de celle de l'art. 324 a CO. Ainsi la durée du versement du salaire par l'employeur pourrait être une fraction de la durée des rapports de travail ou une fraction du temps écoulé depuis la survenance du dernier empêchement de travailler. En outre, il est possible de songer à une réglementation contractuelle qui instaurerait le paiement d'une part seulement du salaire, mais pendant une période plus longue que le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO [12], ou qui prévoierait une part du salaire d'autant plus réduite que l'empêchement dure plus longtemps. Sans qu'il soit possible de parler de régime dérogatoire à l'art. 324 a CO, les parties ont naturellement tout loisir de préciser le sens ou la portée du texte légal ; elles peuvent fixer, par exemple, la rémunération à laquelle le travailleur a droit lorsqu'une partie de son salaire est constituée par des pourboires, ou prévoir des principes d'évaluation du salaire dans les cas de travail à la pièce ou à la tâche. De même, il peut être utile de préciser le texte de la loi là où

[12] De tels accords devraient obligatoirement satisfaire à la condition de l'équivalence des prestations, laquelle ne pourrait être remplie, dans le cas présent, que pour les cas d'empêchement de longue durée ; en effet, le prolongement de la durée des prestations compenserait la part affaiblie du salaire.

il mérite une interprétation : par exemple, préciser si le temps d'apprentissage est pris en considération dans le calcul de la durée des rapports de service.

Nous relèverons encore que la condition d'équivalence des prestations doit être réalisée, selon nous, pour chaque motif d'empêchement prévu par l'art. 324 a, al. 1 et 3 CO et non pour l'ensemble de ces motifs. En effet, la loi accorde au travailleur empêché de travailler un droit au salaire minimum dans un certain nombre de cas déterminés ; cette garantie ne peut pas être restreinte conventionnellement, même si l'employeur accorde par ailleurs des prestations supérieures au minimum légal. La notion d'équivalence est appréciée par comparaison entre les prestations conventionnelles et les prestations dues à teneur de l'art. 324 a, al. 1 à 3 CO. Le régime conventionnel issu de l'art. 324 a al. 4 CO ne peut faire totalement abstraction de la réglementation légale et de ses modalités [13]. Il est tenu compte, dans le calcul des prestations légales dues par l'employeur, d'éventuels empêchements antérieurs, quel qu'en ait été le motif, qui auraient déjà été payés par ce dernier. Si l'employeur accorde, pour l'une ou l'autre cause d'empêchement, des prestations dépassant ses obligations légales, le juge en tient compte dans la détermination de la durée du droit du travailleur au salaire, au titre de circonstance particulière au sens de l'art. 324 a, al. 2 *in fine*. L'équivalence des prestations conventionnelles avec le salaire dû à raison du CO en est d'autant plus facilement réalisée. L'admission d'une compensation entre les divers motifs d'empêchement dans l'appréciation de l'équivalence des prestations au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO pourrait avoir des conséquences choquantes. Il en serait notamment ainsi en cas de réglementation conventionnelle aux termes de laquelle l'employeur offrirait au travailleur de lui verser le salaire pendant plusieurs mois en cas d'accomplissement d'une fonction publique mais réduirait d'autant ses prestations pour les cas de maladie.

Les exemples d'accords dérogatoires ou d'adjonctions explicatives mentionnés ci-dessus sont cependant peu importants en comparaison de la seconde catégorie d'accords dérogatoires à l'art. 324 a CO — la plus répandue — qui consiste à affilier le travailleur à une institution d'assurance couvrant la perte de salaire consécutive à la surve-

[13] Voir *infra*, p. 211.

nance d'un motif d'empêchement prévu par la loi. Nous verrons ci-après que l'affiliation volontaire à une institution d'assurance ne s'applique qu'aux cas de maladie, de maternité et d'accidents.

Chapitre IV

LE REGIME DE L'AFFILIATION VOLONTAIRE A UNE INSTITUTION D'ASSURANCE

§ 1. Introduction et description

Avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur le droit du contrat de travail, le remplacement de l'obligation patronale de payer le salaire du travailleur en cas d'empêchement de ce dernier par l'affiliation à une institution d'assurance était déjà très répandu. La revision du titre X CO n'a pas modifié cet état de fait ; au contraire, l'art. 324 a, al. 4 CO mentionne expressément la possibilité de déroger au principe du paiement du salaire ; or le moyen le plus répandu d'y parvenir consiste précisément à assurer le travailleur contre les conséquences économiques de la perte de salaire.

Avant d'aborder dans le détail les divers éléments constitutifs du système d'assurance, il nous semble opportun d'indiquer très brièvement en quoi consiste ce régime dérogatoire et d'esquisser ses caractéristiques générales. Le principe est de décharger l'employeur de l'obligation de payer le salaire en lui substituant une autre obligation, qui est celle de conclure et de financer (partiellement ou totalement) une assurance destinée à couvrir la perte de salaire dont pourrait souffrir le travailleur empêché pour l'un des motifs de l'art. 324 a CO. Il faut relever ici qu'un système d'assurance n'est possible que pour certains des risques énumérés à l'art. 324 a CO, tels que la maladie, la grossesse et l'accouchement ou l'accident ; la très large majorité des contrats d'assurance sont destinés à couvrir la perte de salaire résultant de la maladie et de la maternité, domaines dans lesquels, nous le savons, l'obligation d'assurance est actuellement très limitée ; l'assurance-acci-

dents volontaire ne concerne, en effet, que les salariés non assujettis à la LAMA et a, de ce fait, une portée plus restreinte. Dans le régime de l'assurance, le travailleur bénéficie généralement de prestations inférieures au salaire complet, mais pendant une période beaucoup plus longue que le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO [14] ; il est en outre fréquent qu'il supporte une partie des primes d'assurance. Si les prestations d'assurance sont jugées équivalentes au salaire dû en conformité du CO, l'employeur est libéré de l'obligation de payer le salaire en cas de réalisation du risque assuré.

§ 2. Avantages et inconvénients du système d'assurance

A. *Les avantages*

L'avantage le plus important du système d'assurance par rapport au système légal réside dans le fait que les indemnités journalières d'assurance courent sur une période beaucoup plus longue que le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO ; en effet, le travailleur empêché pour une longue période se trouve confronté à des difficultés financières plus aiguës qu'en cas d'interruption très courte de travail ; seule l'assurance lui offre des garanties suffisantes à cet égard. Cet avantage s'explique par le fait que les conséquences de l'empêchement ne sont pas supportées par l'employeur seulement ; les risques de l'interruption de travail sont répartis entre l'employeur, l'assureur et le travailleur (s'il participe au financement de l'assurance). Les prestations d'assurance sont donc versées indépendamment de la durée d'emploi ; ainsi le système d'assurance, à l'inverse de l'art. 324 a CO, n'entrave-t-il en aucune façon la mobilité des travailleurs. En outre, les

[14] Il est certes possible, moyennant le versement de primes importantes, de conclure un contrat d'assurance couvrant la perte totale du salaire ; de telles assurances sont cependant rares et prennent généralement effet après une certaine durée de la maladie (ou des suites d'un accident) qui correspond approximativement à la durée du droit au salaire (assurances avec prestations différées) ; il n'est pas rare non plus que des délais d'attente soient prévus.

Nous ne tiendrons pas compte, dans la présente étude, de telles assurances étant donné qu'elles présentent moins d'intérêt ; dans la mesure où les prestations d'assurance couvrent la perte de salaire à raison de 100 % pendant une longue durée, le système d'assurance est beaucoup plus favorable pour les travailleurs que le régime légal et une comparaison entre les deux régimes n'a dès lors pas de sens.

prestations d'assurance sont versées au travailleur même en cas d'empêchements répétés survenant au cours de la même année ; le droit du travailleur aux indemnités journalières n'est pas limité de la même manière que le droit au salaire. L'employeur, pour sa part, reconnaît généralement au système d'assurance, outre une économie financière dans certains cas, l'avantage de connaître d'avance les charges financières qui lui incomberont en raison des empêchements de travailler de son personnel ; l'élément d'incertitude inhérent au système légal fait défaut, si bien que la planification financière est facilitée.

B. *Les inconvénients*

L'inconvénient majeur du système d'assurance est le corollaire de l'avantage résultant de la longue durée des prestations : les indemnités journalières ne couvrent qu'exceptionnellement la totalité du salaire. Etant donné que le travailleur assuré empêché de travailler ne reçoit pas son salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO mais des indemnités journalières inférieures au salaire pour une plus longue période, la difficulté consiste à définir l'équivalence des prestations entre le salaire et les indemnités journalières. Les deux éléments importants de cette notion d'équivalence sont la couverture minimum du salaire et la participation de l'employeur au financement de l'assurance. Le problème essentiel que pose le système d'assurance est celui de l'équivalence des prestations, et spécialement celui de la combinaison des deux éléments mentionnés ci-dessus.

Un autre désavantage du système d'assurance est qu'il ne peut pas exister pour lui seul, indépendamment de la réglementation du CO. En effet, il ne fait que se substituer au régime légal, qui reste la garantie première du travailleur ; le droit du travailleur au salaire ou à un substitut du salaire dépend essentiellement du CO. Ce principe a pour conséquence que les caractéristiques propres au régime d'assurance ne sont pas toujours opposables au travailleur ; il en est ainsi de certains cas de réduction ou de suppression des prestations d'assurance. Il faut aussi relever que le droit du travailleur au salaire subsiste lorsque ce dernier est inassurable. Enfin, le système d'assurance soulève quelques difficultés au moment de l'affiliation, notamment si l'une ou l'autre partie omet de s'assurer alors qu'elle en est tenue contractuellement.

§ 3. Les différents systèmes d'affiliation à une institution d'assurance

Les modalités d'assurance ne sont pas les mêmes selon que l'assurance résulte d'un accord particulier entre un employeur et un travailleur ou qu'elle est instituée par une convention collective ; la protection du travailleur, considéré comme la partie la plus faible, parce que la plus inexpérimentée, mérite une plus grande attention dans le premier cas. Dans le second, en revanche, les parties sont placées sur un pied d'égalité puisque les travailleurs sont représentés par une association.

Le cas des conventions collectives de travail dont le champ d'application a été étendu et des contrats-types de travail se présente sous un angle particulier ; bien que ces réglementations puissent contenir certaines caractéristiques d'un régime conventionnel, elles s'appliquent néanmoins impérativement aux travailleurs qu'elles concernent. Le législateur a cependant expressément prévu que le régime dérogatoire contenu dans les conventions collectives étendues et les contrats-types de travail relevait de l'art. 324 a, al. 4 CO et non de l'art. 324 b CO. Au vu de ce caractère obligatoire, les conditions d'un système d'assurance doivent être examinées avec diligence par les autorités ; en effet, un très grand nombre de conventions collectives étendues et de contrats-types de travail imposent à un cercle déterminé de travailleurs l'affiliation à une institution d'assurance, régime qui, aux termes de la loi, n'est prévu qu'à titre subsidiaire ; la question de l'équivalence des prestations notamment doit être étudiée avec soin.

Section 1 : *L'assurance individuelle*

Les différences essentielles entre l'assurance individuelle et l'assurance collective se situent au niveau de la conclusion de l'assurance. Une fois le contrat conclu, les modalités d'application sont les mêmes dans les deux types d'affiliation ; en outre, les conditions de validité du régime dérogatoire sont identiques.

Par assurance individuelle au sens de la présente section, nous considérons le cas dans lequel un employeur et un travailleur concluent une convention aux termes de laquelle l'employeur est libéré de l'obligation de verser le salaire s'il remet au travailleur une part de la prime

destinée à alimenter une assurance couvrant la perte de salaire. De tels accords se rencontrent principalement en matière d'assurance-maladie ; la couverture des risques d'accidents, pour les travailleurs non assujettis à la LAMA, se rencontre le plus souvent sous la forme d'une assurance collective. Le travailleur est donc le preneur d'assurance dans notre hypothèse de départ [15] ; c'est à lui qu'incombe le soin de contracter une assurance auprès de l'assureur de son choix. L'employeur se borne à ajouter au salaire du travailleur un montant qui représente sa participation au financement de l'assurance, laquelle participation justifie le principe de la libération de son obligation à raison de l'art. 324 a CO. L'accord entre les parties peut être plus ou moins détaillé et contenir des précisions, par exemple sur les prestations minimums de l'assurance que le travailleur doit conclure, ou prévoir ce qu'il advient dans l'hypothèse où l'assurance n'offre pas ses prestations.

Il est évident que le système d'assurance individuelle tel que nous l'envisageons ici présente un danger ; le travailleur qui reçoit une somme globale comprenant à la fois le salaire et la part de l'employeur à une prime d'assurance peut avoir la fâcheuse tentation d'utiliser la contribution patronale à d'autres fins. De telles négligences entraînent immanquablement des lacunes dans la couverture d'assurance dont nous devrons examiner les conséquences. Auparavant, nous nous proposons de nous arrêter brièvement sur le problème que soulève le refus de l'institution d'assurance d'accepter le travailleur.

A. *Le travailleur est inassurable*

Laissant pour l'instant de côté le problème que soulève l'existence de réserves, nous envisageons ici les cas dans lesquels un travailleur, qui a reçu une contribution patronale destinée à contracter une assurance, n'est pas accepté par la caisse-maladie ou la compagnie privée d'assurance à laquelle il s'adresse en raison d'un motif qui lui est propre, par exemple son âge avancé. *Quid* de l'obligation de l'employeur

[15] Il est certes possible d'imaginer un cas d'assurance individuelle dans lequel l'employeur serait le preneur d'assurance ; nous avons cependant écarté cette hypothèse de cette section pour l'étudier dans la section suivante à propos de l'assurance collective.

de payer le salaire dans une telle hypothèse si l'accord dérogatoire entre parties ne mentionne rien à ce sujet ? Nous avons vu [16] que l'une des conditions à la libération de l'employeur était que l'institution d'assurance versât effectivement ses prestations ; il apparaît donc que cette libération de l'employeur n'est pas possible *a fortiori* lorsqu'il n'y a pas d'assurance du tout. Il est cependant possible de se demander si le régime est valable dès le moment où l'employeur a fourni sa prestation (versement d'une part, voire de la totalité des primes d'assurance) ou au contraire s'il faut que l'assurance intervienne de manière certaine. La question a été discutée sous l'empire de l'art. 335 CO ancien ; elle était liée à la controverse relative au caractère dispositif ou impératif de cette disposition.

Dans un arrêt du 28 juin 1949, le Tribunal cantonal des Grisons s'est prononcé en faveur de la libération de l'employeur sitôt qu'il avait offert sa contribution au financement d'une assurance : « ... lorsqu'une convention oblige l'employeur à substituer au salaire une contribution destinée à alimenter une assurance-maladie donnant droit à une indemnité journalière, l'employé malade qui a reçu et accepté cette contribution est déchu de son droit au salaire, même si une caisse-maladie a refusé de l'assurer » [17]. Cet arrêt trahissait de toute évidence une conception selon laquelle l'art. 335 CO ancien était de nature purement dispositive. En fait, il était presque unanimement admis [18] que le droit du travailleur au salaire était de nature relativement impérative, opinion confirmée par la revision du titre X CO qui l'a expressément mentionné à l'art. 324 a, al. 4 CO.

A l'inverse du Tribunal cantonal des Grisons, le Tribunal de prud' hommes de la ville de Bâle disposait, dans un jugement rendu le 19 mars 1954 : « en versant régulièrement à un employé non assurable une somme égale aux cotisations nécessaires pour alimenter une assurance à une indemnité journalière en cas de maladie, l'employeur ne se libère pas des charges que lui impose l'art. 335 CO » [19]. Il ne fait pas de doute que cette jurisprudence sera maintenue sous l'em-

[16] *Supra*, première partie, p. 34 et quatrième partie, pp. 163 et 164.

[17] DTA, vol. 1, p. 82 ou RSJ 46, p. 332.

[18] Voir *supra*, première partie, pp. 36 ss ; *idem* : PFLUGER, *op. cit.*, pp. 319 ss.

[19] DTA, vol 4, p. 1 ou RSJ 52, p. 127. Voir également BJM 1970, p. 281. La même opinion est soutenue par le tribunal de prud'hommes de la ville de Berne, *in* « *Jahresbericht des Gewerbegerichtes der Stadt Bern* » 1947, p. 19.

pire de l'art. 324 a CO, disposition dont le caractère relativement impératif est établi. L'employeur reste donc tenu, aux termes du CO, de payer le salaire au travailleur qui n'a pas pu s'assurer. Afin d'éviter un enrichissement sans cause du travailleur inassurable, qui pourrait recevoir le salaire et garder la contribution patronale destinée au financement de l'assurance, il convient d'imputer du salaire dû par l'employeur la part des primes d'assurance versées au travailleur ; cette cautèle ressortissait antérieurement à l'art. 130, al. 1 LAMA, qui était appliqué par analogie aux compagnies privées d'assurance [20] ; il n'est plus possible de se référer à cette disposition, qui a été abrogée par la LF du 25 juin 1971 ; il n'en reste pas moins que le principe demeure pleinement.

B. *Le travailleur omet de s'assurer*

Le cas est plus difficile à trancher que celui évoqué ci-dessus puisque le travailleur porte la responsabilité de l'absence d'assurance. L'employeur est-il en droit de considérer qu'il s'est acquitté de ses obligations dès lors qu'il a versé une contribution au travailleur afin qu'il contracte une assurance et que le travailleur est assurable ? L'absence d'assurance pour un fait imputable au travailleur fait-elle renaître l'obligation de l'employeur de payer le salaire ? — La question se pose ici de savoir quelle est la portée du caractère relativement impératif de l'art. 324 a CO. Nous avons admis que cette disposition avait pour but de protéger la partie la plus faible au contrat, soit le travailleur, en lui assurant dans tous les cas son salaire ou une prestation équivalente. Cette protection de l'art. 324 a CO va-t-elle jusqu'à protéger le travailleur contre lui-même ? En d'autres termes, le travailleur peut-il, de son propre chef, renoncer valablement à la garantie que lui accorde la loi ? — Nous estimons que le bénéficiaire d'un droit doit pouvoir y renoncer en tout temps ; en l'occurrence, le travailleur qui accepte conventionnellement de substituer un régime d'assurance au versement du salaire et qui s'engage à contracter lui-même une assurance devrait être déchu du droit au salaire s'il omet d'utiliser la contribution patronale conformément à son but. Il se peut cependant que le tra-

[20] Voir l'arrêt Inzerillo c/Dietrich, RO 96, II, p. 138, *lit.* e.

vailleur n'ait pas pu mesurer la gravité des conséquences de son omission ou ne se soit pas rendu compte que l'existence d'un régime dérogatoire impliquait la suppression du droit au salaire. Afin de respecter l'idée de protection du travailleur contenue dans l'art. 324 a CO, nous sommes d'avis que la libération de l'employeur versant tout ou partie de la prime d'assurance au travailleur ne devrait être valable qu'à la condition que l'accord instituant la dérogation à l'art. 324 a CO mentionne expressément que le travailleur est déchu de son droit au salaire dans l'hypothèse où il ne contracte pas d'assurance [21].

Les difficultés évoquées ci-dessus prouvent à l'envi que le système de l'affiliation individuelle à une institution d'assurance n'est guère satisfaisant. Pour le travailleur négligent, il implique le risque d'être mal protégé en cas d'empêchement de travailler. Pour l'employeur, il nécessite de nombreuses précautions afin que le régime dérogatoire soit valable. En outre, il faut se demander si l'employeur qui verse une somme destinée à alimenter une assurance a l'obligation de contrôler si le travailleur en fait bon usage. Selon Pfluger [22], la doctrine et la jurisprudence dominantes sont d'avis que l'employeur est tenu de contrôler si le travailleur s'est bien assuré. Cette obligation a pour conséquence de mettre la responsabilité de l'affiliation du travailleur à la charge de l'employeur ; dans cette hypothèse, il ne fait pas de doute qu'en cas d'absence d'assurance, l'employeur est tenu de verser le salaire en conformité de l'art. 324 a CO. Il nous semble que, dans ces conditions, l'employeur a tout avantage à contracter lui-même une assurance pour le travailleur en prélevant, le cas échéant, la part de ce dernier aux primes d'assurance sur le salaire. C'est le système que nous allons étudier.

Section 2 : *L'assurance collective*

La caractéristique dominante du régime de l'assurance collective réside dans le fait que c'est l'employeur qui porte la responsabilité de contracter l'assurance ; c'est en effet lui qui est le preneur d'assu-

[21] La Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, dans un arrêt du 27 novembre 1962, paru dans la RSJ 59, p. 309, déclarait licite une clause selon laquelle l'employé qui refusait de s'assurer par mauvaise volonté perdait tous les droits qu'il aurait pu exercer en vertu de l'art. 335 CO ancien.

[22] *Op. cit.* pp. 323 et 324.

rance alors que les personnes assurées sont l'ensemble des travailleurs concernés. Dans cette hypothèse, l'employeur ne verse pas de contribution au travailleur mais s'adresse directement à l'institution d'assurance ; il se peut qu'il prélève une part de la prime sur le salaire du travailleur ; elle s'exprime alors soit sous la forme d'un certain montant, soit sous la forme d'un pourcentage déterminé du salaire [23]. En cas de réalisation du risque, l'assurance verse ses prestations à l'employeur, qui les transmet au travailleur.

Ce type d'assurance se rencontre dans quatre situations précises ; les deux premières relèvent du régime obligatoire : ce sont les assurances collectives imposées par un contrat-type de travail ou une convention collective de travail étendue ; les deux autres ont trait au régime conventionnel ; il s'agit de :

1) un accord passé entre un employeur et le personnel de son entreprise prévoyant l'affiliation du personnel à une institution d'assurance afin de le prémunir contre les risques de maladie ou d'accident, donc d'un accord individuel entre l'employeur et chacun des travailleurs dont l'objet est la conclusion d'une assurance individuelle ou d'une assurance collective [24].

2) Une convention collective de travail : le système est proche de celui de l'accord individuel prévoyant l'affiliation du travailleur à une assurance collective ; la différence réside en ceci que les travailleurs sont groupés en association et ne participent pas individuellement à la conclusion de l'accord. Les employeurs sont également organisés corporativement dans la plupart des cas.

Une convention collective de travail n'a en principe d'effets qu'entre les employeurs et travailleurs intéressés, c'est-à-dire qu'elle ne s'applique qu'aux rapports individuels de travail entre les membres des associations contractantes. Ainsi une convention collective ne s'ap-

[23] On rencontre quelquefois une combinaison des deux systèmes : le prélèvement sur le salaire est de 1,5 %, mais au maximum de Fr. 50.— par mois, par exemple.

[24] Il n'est pas rare qu'une entreprise non assujettie à la LAMA conclue une assurance-accidents collective auprès d'une compagnie privée d'assurance ; l'employeur prend généralement à sa charge la prime afférente aux accidents professionnels alors que le travailleur supporte la prime afférente aux accidents non professionnels.

pliquera pas aux rapports de travail entre un employeur affilié à une association d'employeurs contractants et un travailleur ne faisant pas partie d'un syndicat contractant. Ce principe général souffre cependant quelques exceptions, qui sont les suivantes :

— un travailleur dissident au service d'un employeur lié par la convention peut se soumettre à celle-ci par une déclaration écrite si les parties contractantes donnent leur assentiment.
— une association de travailleurs peut adhérer à la convention collective de travail, ce qui a pour effet de rendre cette convention applicable à l'égard de ses membres. L'aspect volontaire de l'affiliation au régime d'assurance apparaît alors au moment de l'entrée du travailleur dans l'association ; en acceptant les statuts et règlements, le travailleur accepte les décisions qui seront prises par l'association.
— dans un avis du 29 septembre 1972 [25], l'OFIAMT envisage le cas dans lequel une association d'employeurs peut, en vertu de ses statuts, imposer à ses membres d'appliquer une convention collective de travail à tous leurs travailleurs, qu'ils soient affiliés à un syndicat contractant ou non. Le champ d'application personnel de la convention est ainsi étendu en vertu d'une disposition ou d'une décision statutaire. Si les statuts d'une telle association d'employeurs obligent leurs membres à appliquer une convention collective de travail, il n'est cependant pas possible d'imposer cette obligation aux travailleurs ; il n'existe à l'égard de ces derniers aucun moyen de coercition ; en revanche, un employeur récalcitrant pourrait se voir infliger des sanctions conventionnelles ou statutaires. Un tel exemple peut tout de même être classé dans le régime volontaire puisque le travailleur reste libre, au su des conditions d'engagement que lui propose l'employeur, d'accepter ou de refuser d'entrer au service de ce dernier.

Dans tous les exemples énumérés ci-dessus, l'employeur est responsable de l'affiliation du travailleur auprès de l'institution d'assurance. Dans l'hypothèse où le travailleur n'est pas assurable, l'employeur reste tenu, aux termes de l'art. 324 a CO et en vertu du caractère relativement impératif de cette disposition, de payer le salaire (il peut y impu-

[25] Paru *in* DTA, vol. 20, p. 62.

ter les prestations qu'il a versées, le cas échéant, à l'institution d'assurance). Il n'y a, sur ce point particulier, aucune différence entre le régime de l'assurance individuelle et celui de l'assurance collective. Il en va différemment en cas d'absence d'assurance. Si employeurs et travailleurs sont convenus de remplacer l'obligation patronale de payer le salaire par l'affiliation à une institution d'assurance, l'employeur répond de l'existence du contrat d'assurance. S'il omet par sa faute de conclure ladite assurance, il est tenu de réparer le dommage résultant de son omission et de verser au travailleur absent les prestations que ce dernier eût obtenues de l'assureur, en application de l'art. 97, al. 1 CO [26]. L'employeur doit donc supporter les conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Si les prestations d'assurance ne sont pas équivalentes au salaire que le travailleur peut prétendre à raison de l'art. 324 a CO, l'employeur doit les compléter jusqu'à concurrence du salaire dû conformément au CO [27]. Il faut encore préciser que l'employeur ne peut pas imposer au travailleur le régime légal, soit le versement du salaire pendant un temps limité, si les parties sont convenues d'un système d'assurance et que l'employeur ait omis d'y affilier le travailleur. Dans cette hypothèse, il est tenu, en vertu de la convention dérogatoire, de se substituer à l'institution d'assurance et d'offrir au travailleur les mêmes prestations.

Le régime de l'assurance collective présente lui aussi des lacunes dans la couverture d'assurance puisque l'affiliation n'est pas automatique mais dépend de la diligence de l'employeur. Même dans les cas où le système d'assurance ne résulte pas d'un accord mais est imposé par une convention collective de travail étendue ou un contrat-type de travail, cet inconvénient subsiste dès lors que le travailleur ne peut faire valoir ses droits directement envers l'assureur. Il s'agit de la différence essentielle entre le régime de l'assurance obligatoire *ex lege*, régie par l'art. 324 b CO, et celui de l'assurance obligatoire *ex contractu*, réglementée par l'art. 324 a, al. 4 CO. Nous avons vu, en étudiant les différents régimes d'assurance-accidents obligatoire en dehors de la LAMA, qu'elle sert de critère de distinction pour l'application de l'une ou l'autre disposition.

[26] Voir à ce propos l'arrêt du 13 janvier 1956 de la Commission des recours du Tribunal cantonal de St-Gall, paru *in* DTA, vol. 7, p. 1.

[27] Voir l'arrêt du tribunal de prud'hommes de la ville de Zurich du 8 juin 1961, paru *in* DTA, vol. 11, p. 86.

Chapitre V

LA NOTION D'EQUIVALENCE DES PRESTATIONS AU SENS DE L'ART. 324 a, al. 4 CO

Nous abordons ici l'un des points essentiels et des plus délicats du régime dérogatoire ; il s'agit de savoir si les prestations versées par une institution d'assurance peuvent être jugées équivalentes au salaire dû par l'employeur. La comparaison doit se faire entre deux systèmes différents ; l'un, celui de l'art. 324 a CO, prévoit le paiement du salaire complet pendant un temps limité, qui s'accroît avec la durée de l'emploi ; l'autre, celui du régime d'assurance, garantit des prestations inférieures au plein salaire, mais pour une longue période et indépendamment de la durée des rapports de travail.

Les deux éléments essentiels de la notion d'équivalence sont la participation de l'employeur au financement de l'assurance et la part du salaire couverte par les indemnités journalières d'assurance ; nous serons également amené à prendre en considération la durée de l'empêchement et la durée du droit au salaire lorsque nous tenterons de porter notre choix sur l'une des deux conceptions possibles de la notion d'équivalence des prestations. Auparavant, il nous faut brièvement parler de la durée des prestations d'assurance ; elle constitue également l'une des composantes du régime dérogatoire à l'art. 324 a CO, laquelle ne soulève guère de difficultés ; en effet, les prestations d'assurance sont généralement octroyées pour une durée de 360 jours au cours d'une période de 540 jours consécutifs et, en cas de tuberculose, sur 1800 jours au cours d'une période de sept années consécutives [28].

[28] Voir l'avis de droit de l'OFIAMT du 4 avril 1955 sur les conditions nécessaires à l'extension des clauses d'une convention collective de travail substituant un régime d'assurance à celui de l'obligation de verser le salaire, *in* DTA,

Il faut remarquer que cette durée moyenne d'une année n'est pas immuable et n'a qu'une valeur indicative ; il est fort possible que des indemnités journalières soient versées pendant une période plus courte ou plus longue ; il faut alors tenir compte de cette circonstance dans l'appréciation de l'équivalence des prestations. Par mesure de simplification, et à défaut d'indication contraire, nous présumerons dorénavant que les indemnités journalières d'assurance sont accordées pendant une période d'un an.

§ 1. La participation de l'employeur au financement de l'assurance

Il est évident que la substitution d'un système d'assurance à l'obligation patronale de payer le salaire en vertu de l'art. 324 a CO ne doit pas se faire, dans la mesure du possible, au détriment de l'une ou l'autre partie ; les charges imposées par la conclusion d'un contrat d'assurance doivent être réparties équitablement en fonction de l'obligation que le régime légal impose à l'employeur. Certes, la loi envisage en premier lieu la protection du travailleur puisqu'elle subordonne la validité d'un régime dérogatoire à la condition qu'il « accorde au travailleur des prestations au moins équivalentes ». Les avantages et les inconvénients du système d'assurance doivent donc être examinés en priorité du point de vue du travailleur. La situation de l'employeur doit cependant être étudiée avec attention, afin que les modalités du système d'assurance n'exigent pas un effort financier trop important de sa part. A notre avis, il eût donc été concevable, pour mieux illustrer le sens à donner à l'art. 324 a, al. 4 CO, d'ajouter au texte légal l'expression suivante : « ... et à condition de ne pas imposer des charges trop lourdes à l'employeur ».

En quoi consiste l'obligation patronale dans le régime de l'assurance ? Nous avons vu qu'elle impose, dans bien des cas, d'assurer le travailleur conformément à l'accord conclu avec ce dernier ; l'obligation principale de l'employeur est cependant d'ordre financier ; elle

vol. 3, p. 49. Lorsque le travailleur est affilié à une caisse-maladie reconnue, il a droit à l'indemnité journalière pour perte de salaire durant au moins 720 jours dans une période de 900 jours consécutifs, conformément à l'art. 12 bis, al. 3 LAMA. Si la durée minimum du versement de l'indemnité journalière à teneur de la LAMA peut paraître relativement longue, il ne faut pas oublier que le montant minimum de cette indemnité est dérisoire ; il est de Fr. 2.— par jour en cas d'incapacité totale de travail (art. 12 bis, al. 1 LAMA).

consiste à supporter tout ou partie de la prime d'assurance ; à défaut, le régime d'assurance ne pourrait se substituer au régime légal puisque l'employeur n'aurait aucune prestation économique à fournir.

Le principe de la participation obligatoire de l'employeur au financement de l'assurance étant admis, il convient de se demander comment la prime d'assurance est répartie entre l'employeur et le travailleur. Depuis l'abrogation de l'ancien art. 130, al. 1 LAMA, aucune disposition légale n'envisage plus la question de la répartition de la prime d'une assurance volontaire sous l'angle particulier de la libération de l'obligation patronale de payer le salaire à teneur du CO. Cependant, l'art. 331, al. 3 CO dispose que l'employeur est tenu de verser des contributions au moins égales à celles du travailleur s'il effectue des prestations dans un but de prévoyance. Cette disposition s'applique-t-elle au cas qui nous intéresse ? Il importe de préciser que les prestations effectuées par l'employeur dans un but de prévoyance ne concernent pas uniquement les cas de vieillesse, d'invalidité ou de mort du travailleur mais se rapportent également aux risques d'accidents et de maladie. En outre, l'art. 331, al. 3 CO ne s'applique pas seulement lorsque les prestations de l'employeur et les contributions du travailleur sont remises à une institution de prévoyance autonome organisée sous la forme d'une fondation ou d'une société coopérative. En effet, l'art. 331, al. 2 CO mentionne expressément l'assurance-maladie ou accidents conclue auprès d'une compagnie d'assurance soumise à surveillance ou d'une caisse-maladie reconnue accordant au travailleur une créance directe contre l'assureur au moment où le risque assuré se réalise [29]. En conséquence, lorsque le travailleur participe au financement d'une assurance volontaire destinée à couvrir le risque d'accidents ou de maladie, l'employeur est tenu de verser parallèlement des contributions au moins égales. Il convient toutefois de relever que le principe de l'art. 331, al. 3 CO n'a pas été promulgué dans l'optique de la libération de l'obligation de l'employeur de payer le salaire ; il répond à un postulat d'ordre social qui peut se résumer de la sorte : dès lors que l'employeur décide de son plein gré de prémunir son personnel contre les risques d'accidents ou de maladie, le travailleur ne doit pas supporter des charges supérieures à celles de l'employeur.

[29] L'art. 87 LCA dispose à ce propos : « l'assurance collective contre les accidents ou la maladie donne au bénéficiaire, dès qu'un accident ou une maladie est survenu, un droit propre contre l'assureur ».

Ce mode de répartition entre employeur et travailleur ne nous renseigne pas sur la part de la prime que doit supporter l'employeur ; cet élément constitue pourtant l'une des composantes de la notion d'équivalence des prestations au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO et, partant, l'une des conditions de validité du régime dérogatoire.

Les sources permettant d'étudier la substitution du système d'assurance au système légal en général et les modalités de la participation de l'employeur au financement de l'assurance en particulier sont doubles : il s'agit d'une part de la jurisprudence et d'autre part de la pratique des autorités chargées d'étendre le champ d'application des conventions collectives de travail ou d'établir des contrats-types de travail prévoyant l'affiliation du travailleur à une institution d'assurance [30]. L'étendue de la participation de l'employeur au financement des primes d'une assurance contractée volontairement était précisée dans l'ancien art. 130, al. 1 LAMA. Cette disposition prévoyait, en effet, que l'employeur pouvait imputer les prestations d'assurance sur le salaire dû au travailleur empêché pour cause de maladie, à condition que ce dernier fût assuré auprès d'une caisse reconnue et que le premier supportât au moins la moitié des contributions.

L'exigence d'une participation de l'employeur pour moitié au financement de l'assurance se retrouvait dans les cas d'affiliation du travailleur à une compagnie privée d'assurance. Elle était expressément mentionnée dans un avis de droit du 18 mars 1947 émanant de la Division de justice du Département fédéral de justice et police, qui portait sur les conditions de validité d'un système d'assurance dérogeant à l'obligation patronale de payer le salaire [31]. La justification de la participation financière de l'employeur, qui a été invoquée ultérieurement par le Tribunal fédéral [32], était la suivante : l'employeur, en payant la moitié des primes d'assurance, fournit une prestation qui est estimée équivalente à celle du salaire dû pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO ; le financement des prestations d'assurance versées après l'échéance du temps limité est à la charge du travailleur ; il correspond à l'autre moitié de la prime d'assurance.

[30] Bien qu'émanant d'autorités exécutives, cette pratique a souvent inspiré nos tribunaux (voir notamment RO 96, II, p. 139) ; l'autorité judiciaire ne saurait cependant être tenue, en vertu du principe de la séparation des pouvoirs, par les solutions reconnues et appliquées par l'autorité exécutive.

[31] Voir la Vie économique 1947, pp. 267 ss.

[32] RO 96, II, pp. 133 ss.

L'avis de droit de la Division de justice reflétait l'opinion dominante selon laquelle l'employeur était libéré de l'obligation de payer le salaire dès qu'il s'engageait, aux termes d'un accord avec le travailleur, à supporter la moitié des primes d'assurance, à condition que les prestations d'assurance fussent, par ailleurs, suffisantes.

Dans un avis du 4 avril 1955 où il énumérait les conditions nécessaires pour que les clauses d'une convention collective de travail prescrivant la conclusion d'une assurance-maladie puissent recevoir force obligatoire générale, le Conseil fédéral préconisait la prise en charge complète des primes d'assurance par l'employeur [33].

Il faut donc conclure que la participation de l'employeur au financement de l'assurance peut être variable, sous réserve de l'art. 331, al. 3 CO ; l'élément déterminant, en l'espèce, est l'équivalence des prestations. Or cette dernière dépend pour l'essentiel de deux facteurs, savoir la participation de l'employeur au versement des primes d'assurance et la part du salaire couverte par les indemnités journalières d'assurance. Seule la combinaison de ces deux facteurs permet d'affirmer, dans un cas donné, s'il y a équivalence ou non entre les prestations d'assurance et le salaire dû par l'employeur. Nous serons donc amené, en traitant des conditions de validité du système d'assurance relatives à la part minimum du salaire qui doit être couverte par les prestations d'assurance, à revenir sur la question de la participation de l'employeur. Pour l'heure, nous pouvons dégager quelques principes généraux :

1) un système d'assurance ne peut être valable sans prise en charge par l'employeur d'une part des primes d'assurance ;
2) la participation de l'employeur au paiement des primes d'assurance doit être au moins égale à celle du travailleur ;
3) la part de la prime à la charge de l'employeur peut osciller entre 50 % et 100 %. Par mesure de simplification, nous envisagerons les deux cas extrêmes, soit une participation pour moitié et la prise en charge de la prime globale ;
4) conformément à l'avis de la Division de justice de 1947, admis et adopté par le Tribunal fédéral, nous considérerons que l'employeur, en versant la moitié de la prime d'assurance, « rachète » l'obligation de payer le salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a,

[33] DTA, vol. 3, p. 49. Pour plus de détails, voir *infra*, p. 227.

al. 2 CO et que les prestations d'assurance versées après cette période sont financées par les cotisations du travailleur.

Il nous paraît utile d'apporter encore quelques précisions. La participation de l'employeur pour moitié au financement d'une assurance a trait exclusivement aux prestations visant à remédier aux conséquences de la perte de salaire. Il peut certes arriver qu'un contrat d'assurance englobe d'autres types de prestations [34]. Si l'employeur, d'entente avec le travailleur, supporte la moitié des primes d'une telle assurance, il peut considérer qu'il est délié de l'obligation de payer le salaire puisqu'il finance la couverture de la perte de salaire. Est-il admissible que la participation de l'employeur à la couverture de la perte de salaire soit inférieure à 50 % lorsque l'accord aux termes duquel il convient, avec le travailleur, de contracter une assurance prévoit non seulement la couverture de la perte de salaire, mais encore celle des frais médicaux ? Dans l'affirmative, il faudrait déterminer la part de la prime globale à la charge de l'employeur et la comparer à la moitié de la prime afférente à la couverture de la perte de salaire. Or, une telle opération est impossible ; en effet, il ne peut y avoir de comparaison entre les parts d'une prime d'assurance destinée à remédier à des préjudices différents. Pour la même raison, l'employeur ne peut pas prétendre financer la couverture de la perte de salaire pour une période plus longue ou pour un pourcentage supérieur du fait qu'il supporte également une part des primes relatives aux frais de traitement en général ; en versant la moitié de la prime globale, il faut considérer que l'employeur prend à sa charge le financement pour moitié de chaque type de prestation qui seront fournies par l'institution d'assurance. Le problème de la libération de l'employeur de l'obligation de payer le salaire est sans rapport aucun avec les efforts financiers qu'il consent pour assurer son personnel contre les conséquences économiques autres que la perte de salaire. A ce sujet, il faut mentionner que le Conseil fédéral, dans une décision du 20 octobre 1953 [35], a refusé d'étendre le champ d'application d'une

[34] A titre d'exemple, citons le cas de l'assurance collective contre les accidents conclue par un employeur dont l'entreprise n'est pas assujettie à la LAMA. L'employeur peut soit inclure dans la couverture d'assurance des prestations pour perte de salaire à côté des frais médicaux proprement dits, soit s'acquitter de son obligation à raison de l'art. 324 a CO.

[35] Parue *in* DTA, vol. 1, p. 88.

convention collective de travail imposant à l'employeur la prise en charge d'une part de la prime d'une assurance-maladie globale ; seule l'obligation de supporter une prime destinée à la couverture de la perte de salaire peut être imposée à l'employeur. Au-delà, seules des réglementations purement conventionnelles peuvent prévoir un arrangement différent.

§ 2. La part du salaire couverte par les indemmnités journalières d'assurance

L'avantage majeur du système d'assurance par rapport au régime légal est d'offrir des prestations pendant un laps de temps beaucoup plus long que le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, et quelle que soit la durée des rapports de travail. Il faut cependant tenir compte du fait que les indemnités journalières d'assurance ne couvrent généralement pas la perte totale du salaire. Il convient en conséquence de déterminer à partir de quel moment l'équivalence avec le salaire perdu peut être admise ; cette comparaison s'opère en traduisant les indemnités journalières en pour-cent du salaire.

Dans son avis de droit du 18 mars 1947 précité, la Division de justice du Département fédéral de justice et police considérait comme équivalent un système d'assurance dans lequel les prestations n'étaient pas inférieures au 50 % du salaire [36]. Comme elle estimait que l'employeur devait contribuer pour moitié au paiement des primes d'assurance [37], ce dernier supportait donc, dans l'ensemble, des charges représentant le quart du salaire pendant une période d'un an. En fait, il n'y avait d'équivalence que si la durée du droit du travailleur au salaire était de trois mois, soit le quart d'une année. Cette durée moyenne peut paraître relativement longue puisqu'elle implique que les rapports de travail aient duré approximativement huit ans (selon le barème bernois). Il faut cependant relever que ce calcul est théorique ; il suppose en effet que le travailleur épuise son droit aux prestations à l'égard de l'institution d'assurance, c'est-à-dire que l'empê-

[36] Voir la Vie économique 1947, pp. 267 ss, particulièrement p. 270, chiffre II, alinéa 4.

[37] Voir *supra*, p. 223.

chement de travailler soit d'une durée d'un an. Il est évident que des absences si prolongées sont rares. La question importante qu'il s'agira d'étudier est de savoir ce qu'il advient lorsque l'empêchement de travailler est inférieur ou égal au temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO et que le travailleur reçoit de l'institution d'assurance des prestations équivalentes au 50 % de son salaire, prestations qu'il a lui-même financées pour la moitié [38].

Dans son avis du 4 avril 1955 [39], le Conseil fédéral, sans rejeter les principes exposés dans l'avis précité de la Divsion de justice, précise qu'une couverture du salaire journalier d'un quart par l'employeur était une limite inférieure et que, en règle ordinaire, il fallait que le salaire fût couvert à raison de 50 %. Il préconisait plus exactement la prise en charge complète des primes d'assurance par l'employeur et la couverture du salaire à raison de 50 % au moins [40]. Il a confirmé cette opinion dans une décision du 20 juillet 1957 [41], qui disposait en substance que le champ d'application d'une clause introduisant l'assurance-maladie ne pouvait être étendu lorsque l'indemnité journalière prévue était de beaucoup inférieure à la moitié du salaire d'une journée. Simultanément, il a apporté une restriction qui introduisait un élément nouveau, savoir que l'indemnité pouvait être inférieure à la moitié du salaire dans les branches économiques dont les ressources étaient limitées. Ce critère ne nous paraît guère judicieux ; il est de nature à créer une insécurité juridique.

Il semble donc que le Conseil fédéral n'ait pas retenu le principe du paiement de la moitié des primes par l'employeur ; en conséquence, la participation patronale au financement de l'assurance ne pouvait plus être considérée comme le rachat de l'obligation de verser le salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO.

Un certain nombre de conventions collectives de travail étendues et de contrats-types de travail nous permettent de vérifier que le Conseil fédéral a admis que la prime d'assurance globale fût entièrement

[38] Cette question fera l'objet du § 4 ci-après, pp. 234 ss.

[39] Voir DTA, vol. 3, p. 49.

[40] Antérieurement déjà, dans une décision du 12 juillet 1952 (parue *in* DTA, vol. 2, p. 9), le Conseil fédéral avait stipulé qu'une clause qui ne prévoyait pas une répartition des charges d'assurance par moitié entre employeur et travailleur pouvait être étendue, laissant la porte ouverte aux solutions imposant aux seuls employeurs la prise en charge du financement de l'assurance.

[41] Voir DTA, vol. 5, p. 106.

supportée par l'employeur [42]. Cette caractéristique ne se retrouve cependant pas dans toutes les conventions collectives ; certaines d'entre elles ont été étendues alors même qu'elles contenaient des clauses prévoyant le partage des primes entre les parties [43] ; en outre, quelques contrats-types de travail prévoient la même répartition [44]. C'est dire que l'indication de la part du salaire couverte par les indemnités journalières d'assurance — elle varie entre 50 % et 80 % du salaire dans tous les cas que nous venons d'énumérer en note — n'est pas toujours décisive pour estimer l'équivalence des prestations puisqu'intervient le problème du financement de l'assurance ; il s'agira donc de se prononcer différemment sur le pourcentage du salaire que doivent couvrir les prestations d'assurance selon que l'employeur est seul à en supporter la charge financière ou qu'au contraire il partage cette tâche avec le travailleur. Dans ce premier cas, il est logique que, d'une façon générale, l'exigence relative à la part du salaire à couvrir soit moindre que dans l'hypothèse où le travailleur assume une part du financement de la prime.

L'étude de l'art. 324 b CO nous a appris que les motifs justifiant une réduction ou une suppression des prestations d'assurance n'étaient pas opposables au travailleur, dont le droit au salaire dépend exclusivement du CO [45]. Il en va de même en cas d'assurance contractée volontairement ; les particularités du régime d'assurance, exprimées dans

[42] C'est notamment le cas de :
— la convention collective nationale de l'industrie du meuble en gros, des 20 janvier 1967 et 3 juillet 1970, dont le champ d'application a été étendu par un ACF du 10 septembre 1970 ; FF 1970 II, p. 1058.
— la convention collective nationale des tapissiers-décorateurs, des 18 mars 1965 et 17 janvier 1968, dont le champ d'application a été étendu par un ACF du 23 janvier 1969 ; FF 1969 I, p. 188.
— la convention collective nationale de l'industrie du bois, conclue le 20 décembre 1967, dont le champ d'application a été étendu par un ACF du 12 décembre 1969 ; FF 1969 I, p. 1.

En ce qui concerne les contrats-types de travail, il est possible de se référer à :
— ACF du 17 février 1970 établissant un contrat-type de travail pour les jardiniers privés ; ROLF 1970, p. 257.
— ACF du 11 juin 1970 établissant un contrat-type de travail pour le personnel chargé de l'éducation dans des maisons et internats ; ROLF 1970, p. 738.

[43] Voir notamment la convention collective nationale des coiffeurs, dont le champ d'application a été étendu par un ACF du 29 avril 1969 ; FF 1969, I, p. 1161.

[44] Consulter l'ACF du 22 août 1973 établissant un contrat-type de travail pour le personnel des fromageries, *in* ROLF 1973, pp. 1207 ss.

[45] Voir *supra*, quatrième partie, p. 154.

les statuts et règlements des caisses-maladie ou dans les conditions générales des compagnies privées d'assurance, ne sauraient être opposées au travailleur. Nous savons également que celui-ci a droit au salaire si, malgré son affiliation à une institution d'assurance, il ne reçoit pas de prestations en raison de réserves ou de l'exclusion de certains risques de la couverture d'assurance [46].

Il est donc tenu compte d'une éventuelle réduction des prestations d'assurance lors du calcul du montant global des indemnités journalières versées, lequel va permettre de déterminer la part du salaire couverte par lesdites indemnités. C'est en effet en fonction de ce pourcentage du salaire couvert que le système d'assurance est comparé au régime légal et que l'étendue de l'obligation patronale de compléter les prestations d'assurance est fixée ; en conséquence, les droits du travailleur sont toujours déterminés en dernier ressort au regard de l'art. 324 a CO [47].

Les principes dégagés par l'autorité exécutive relativement à la part minimum du salaire couverte par les indemnités journalières d'assurance ne lient pas l'autorité judiciaire ; en cas de litige, il incombe en effet aux tribunaux de juger de l'équivalence des prestations entre les deux régimes en cause. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt très important du 20 mai 1973 [48], a cependant repris certains de ces principes. Auparavant, la jurisprudence s'était prononcée à plusieurs reprises sur la couverture minimum du salaire, sans jamais apporter de solution précise. Les tribunaux inférieurs (ainsi d'ailleurs que les autorités chargées d'étendre le champ d'application des conventions collectives de travail ou de mettre sur pied des contrats-types de travail) se con-

[46] Voir *supra*, pp. 213 à 215. Il faut encore mentionner l'existence possible d'un stage (art. 13, al. 1 LAMA) ou d'un éventuel délai d'attente (art. 13, al. 2 LAMA). Rappelons enfin que les caisses-maladie n'ont pas l'obligation de verser une indemnité journalière paur perte de salaire lorsque l'incapacité de travail n'est que partielle (art. 12 bis, al. 1 LAMA).

[47] Les motifs de réduction (voire de suppression) des prestations d'assurance peuvent être les suivants : faute de l'assuré lors de la réalisation du risque (art. 14 LCA ; rappelons que la faute du travailleur doit être appréciée uniquement en fonction de l'art. 324 a CO), réticence (art. 6 LCA), contravention à la déclaration obligatoire en cas de sinistre (avis tardif, par exemple ; art. 38 LCA), aggravation du risque par le fait du preneur (art. 28 LCA).

Les motifs de réduction des prestations des caisses-maladie sont contenus dans les statuts et règlements régissant lesdites caisses ; ils doivent respecter le principe fondamental de l'assurance sociale, qui est celui de la proportionnalité, lui-même issu du principe de la mutualité (art. 3, al. 3 LAMA).

[48] En la cause Inzerillo c/Dietrich ; voir ci-dessous, § 3.

tentèrent fréquemment de stipuler que les prestations d'assurance devaient être équitables [49] (*angemessen* selon la terminologie allemande). Il nous paraît donc important d'étudier la question dans le détail et de tenter d'apporter des réponses claires. Nous avons choisi l'arrêt Inzerillo c/Dietrich comme point de départ puisque le Tribunal fédéral y a traité de façon approfondie le problème de l'équivalence des prestations.

§ 8. L'arrêt du Tribunal fédéral en la cause Inzerillo c/Dietrich [50]

Le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit : « Pour l'employé, le système de l'assurance en cas de maladie (il s'agissait, en l'espèce, d'un empêchement de travailler dû à la maladie) a, sur le système légal, l'avantage d'impliquer une répartition des risques et de garantir le paiement d'une indemnité journalière pour une période plus longue, indépendamment de la durée de l'emploi. Il sera manifestement préférable si la part du salaire couverte par l'indemnité journalière garantit à l'employé, pendant sa maladie, les prestations indispensables à son entretien et à celui des personnes à sa charge. Cette part devra être proportionnellement d'autant plus élevée que le salaire sera plus faible. Lorsque de tels avantages sont accordés, ils justifient que l'employeur ne paie pas la totalité des primes. On peut dès lors admettre, d'une façon toute générale, et sous réserve d'une approximation nuancée dans les cas d'espèce, qu'une assurance garantissant des indemnités journalières égales à 60 % du salaire pendant un an, si l'employeur paie la moitié des primes, peut être considérée comme l'équivalent du salaire payé pour un temps relativement court selon l'art. 335 CO [51] » (lequel correspond approximativement au temps limité de l'actuel art. 324 a, al. 2 CO).

Dans la suite des considérants, le Tribunal fédéral a confirmé les deux principes suivants :

[49] Autorités exécutives : voir notamment DTA, vol. 1, p. 39, et vol. 2, p. 9. Autorités judiciaires : voir notamment les arrêts du tribunal de prud'hommes de la ville de Zurich du 2 février 1959, publié *in* DTA, vol. 10, p. 8, et du 7 mars 1959, paru *in* DTA, vol. 7, p. 92.

[50] Paru au RO 96, II, pp. 133 ss ; nous utiliserons dorénavant l'expression abrégée de « arrêt Inzerillo ».

[51] RO 96, II, p. 137, cons. d.

1) dans la mesure où les prestations d'assurance n'étaient pas équivalentes au salaire, l'employeur n'était pas libéré de l'obligation de payer le salaire, mais il pouvait déduire de celui-ci les indemnités versées par l'institution d'assurance. Le Tribunal fédéral a stipulé que l'ancien art. 130, al. 1 LAMA était applicable par analogie aux caisses d'assurance non reconnues ;

2) en prenant à sa charge la moitié des primes d'assurance, l'employeur se libérait du versement du salaire à raison de l'art. 335 CO ancien ; en supportant l'autre moitié des primes, le travailleur finançait les prestations qui lui étaient versées au-delà du temps relativement court de l'art. 335 CO ancien (confirmation de l'avis du 18 mars 1947 de la Division de justice du Département fédéral de justice et police).

Commentaire de cet arrêt

Le Tribunal fédéral estime que le régime d'assurance est préférable pour le travailleur si la part de salaire couverte garantit les prestations indispensables à son entretien et à celui des personnes à sa charge. Ce raisonnement implique que l'indemnité journalière d'assurance vise à assurer au travailleur un certain minimum vital, et non pas à le replacer dans les conditions qui étaient les siennes avant l'empêchement. S'il est possible, en matière de droit des assurances, d'analyser les indemnités journalières de la sorte, nous avons vu qu'en droit des obligations, en revanche, le salaire dû par l'employeur correspond à celui que le travailleur aurait reçu s'il n'avait pas été éloigné de son travail ; la notion de salaire recouvre toutes les prestations matérielles que le travailleur aurait pu faire valoir en vertu des rapports de travail [52]. Il nous paraît donc discutable de considérer comme suffisantes des prestations destinées à garantir seulement des moyens d'existence minimums. La prise en considération de cet élément conduit à juger de l'équivalence des prestations en fonction de la situation matérielle des travailleurs, qui peut varier d'un individu à l'autre ou d'un endroit à l'autre ; il nous semble préférable de rechercher des critères moins fluctuants, qui soient applicables en toutes circonstances.

[52] *Supra*, troisième partie, pp. 85 ss.

Le Tribunal fédéral a fixé, en règle ordinaire, la part du salaire devant être couverte par les indemnités journalières à 60 %. Il a cependant assorti cette proportion d'une cautèle en affirmant qu'il fallait la considérer « sous réserve d'une approximation nuancée dans les cas d'espèce ». Faut-il en déduire que le Tribunal fédéral admettrait, dans certains cas spéciaux, une couverture inférieure à 60 % ? On ne peut écarter cette hypothèse. Cependant, il a expressément mentionné qu'une indemnité représentant à peine 40 % du salaire (c'était le cas en la cause Inzerillo c/Dietrich) ne constituait manifestement pas une prestation équivalente à celle du CO [53]. Il est donc possible d'admettre un pourcentage qui se situe à mi-chemin entre les deux limites tracées par le Tribunal fédéral, par exemple à 50 %. Nous retrouvons ici les conditions décrites en 1947 par la Division de justice du Département fédéral de justice et police : participation de l'employeur pour la moitié au paiement des primes d'assurance et couverture du salaire à raison de 50 %. Il semble pourtant que cette proportion soit considérée par le Tribunal fédéral comme une limite inférieure, applicable dans certains cas seulement. La question se pose, dès lors, de savoir dans quels cas il est possible de s'en contenter, et dans quels cas il est nécessaire d'exiger davantage. Nous avons vu que le Conseil fédéral a préconisé de tenir compte des ressources des branches économiques à considérer [54]. Peut-être faut-il alors en déduire que le critère recherché est celui du niveau du salaire puisque cet élément a été introduit par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Inzerillo. En effet, notre Haute Cour a estimé que la part du salaire à couvrir devait être proportionnellement d'autant plus élevée que le salaire était plus faible. En se déterminant pour le chiffre de 60 %, le Tribunal fédéral a implicitement admis que cette proportion devait être garantie lorsque le salaire-horaire du travailleur s'élevait à Fr. 4.80 (rétribution offerte en l'espèce à Inzerillo). Après ajustement en fonction du renchérissement, le salaire-horaire en compensation duquel une indemnité journalière de 60 % serait jugée équivalente se monterait actuellement approximativement à Fr. 6.90 [55]. L'indemnité journalière d'assurance devrait donc dépasser le 60 % dans tous les cas où la rétribution du travail-

[53] RO 96, II, p. 138.

[54] *Supra*, p. 227.

[55] Selon l'indice suisse des prix à la consommation, valeur à fin juin 1975.

leur serait inférieure à Fr. 6.90 l'heure ; le dépassement devrait être d'autant plus fort que le salaire est plus faible.

Ce raisonnement s'inspire à nouveau du principe selon lequel le travailleur doit se contenter d'une certaine part de son salaire qui soit suffisante pour satisfaire ses besoins vitaux ; nous estimons, pour cette raison, qu'il faut l'appliquer restrictivement. En outre, nous doutons que le Tribunal fédéral ait voulu accorder une importance particulière au salaire-horaire du recourant ni qu'il ait eu l'intention d'établir une relation immuable entre le niveau du salaire et la proportion couverte par les indemnités journalières d'assurance. A notre sens, il est souhaitable que la part minimum à couvrir pour que les prestations d'assurance soient jugées équivalentes soit établie uniquement en comparaison avec le salaire dû pendant le temps limité.

Nous retiendrons cependant de l'arrêt Inzerillo que les prestations d'assurance peuvent, d'une façon générale, être jugées équivalentes dans la mesure où elles couvrent le 60 % du salaire pendant une période d'un an, et à condition que l'employeur participe pour moitié au financement des primes [56]. Théoriquement, l'employeur finance une prestation égale à 30 % du salaire pendant une durée d'un an. Arithmétiquement, il y a donc équivalence parfaite lorsque le travailleur a droit au salaire pour une période de quatre mois et qu'il bénéficie effectivement des prestations d'assurance pour une durée d'un an.

La question essentielle demeure celle de savoir si l'on peut encore considérer qu'il y a équivalence, au sens de l'art. 324 a, al. 2 CO, lorsque l'empêchement du travailleur est d'une durée inférieure à un an. En d'autres termes, il nous incombe de préciser si la comparaison entre le montant des indemnités journalières et le salaire doit être faite dans chaque cas, ou si au contraire il suffit de vérifier que l'employeur paie la moitié des primes et que les indemnités journalières couvrent une part déterminée du salaire (60 % par exemple). Le choix de l'une ou l'autre méthode d'appréciation est fonction de la conception de l'équivalence des prestations.

[56] Il faut préciser que l'employeur est dispensé de payer le salaire lorsque les prestations d'assurance sont jugées équivalentes mais qu'il doit les compléter jusqu'à concurrence du salaire complet et non du pourcentage jugé suffisant (60 % *in casu*) dans l'hypothèse ou l'équivalence des prestations n'est pas réalisée. Voir *infra*, pp. 245 et 246.

§ 4. L'équivalence abstraite et l'équivalence concrète des prestations

Section 1 : *Définition ; caractéristiques*

La première conception, que nous qualifions d'abstraite, consiste à considérer l'équivalence entre le salaire et les indemnités d'assurance comme acquise dès que certaines conditions théoriques sont réalisées, sans égard aux prestations effectives que peut offrir l'institution d'assurance. Il est alors possible d'admettre que les prestations d'assurance sont équivalentes au salaire si l'employeur a participé au financement de l'assurance, si la durée des prestations est suffisante et si un certain pourcentage du salaire est couvert pour toute la durée de l'empêchement.

La seconde conception de l'équivalence des prestations, que nous appelons concrète, est réalisée lorsque, dans chaque cas d'espèce, les prestations d'assurance sont égales au salaire que le travailleur aurait pu réclamer en vertu de l'art. 324 a CO. Les indemnités journalières ne doivent pas être inférieures au salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO. Cette notion d'équivalence est plus étroite que la précédente ; en effet, il se peut que les conditions théoriques soient réunies sans que l'équivalence puisse être admise, en raison de l'insuffisance de la couverture du salaire.

Il nous paraît utile d'illustrer ces différences pratiques à l'aide d'un exemple : employeur et travailleur passent un accord aux termes duquel les parties conviennent de substituer à l'obligation patronale de payer le salaire en cas de maladie l'affiliation à une compagnie privée d'assurance ; les modalités de l'accord répartissent les charges par moitié, et les prestations d'assurance couvrent la perte de salaire à raison de 60 % pendant une durée d'un an ; au cours de sa huitième année de service, le travailleur tombe malade et se trouve empêché de travailler pour une durée de quatre mois ; son salaire mensuel est de Fr. 2000.— ; il reçoit de la compagnie d'assurance une somme globale de Fr. 4800.—, représentant le 60 % du salaire perdu pendant toute la durée de la maladie (nous faisons ici volontairement abstraction d'un éventuel délai d'attente) ; les prestations d'assurance peuvent-elles être considérées comme équivalentes au salaire dû par l'employeur ?

— Selon la conception abstraite de l'équivalence des prestations, il faut répondre affirmativement ; en effet, la participation de l'employeur au paiement des primes, ainsi que la part du salaire cou-

verte par l'assurance, sont, au regard des principes que nous avons dégagés, suffisantes ; le régime d'assurance est jugé équivalent puisqu'il garantit au travailleur des prestations qui, dans l'ensemble, correspondent au salaire auquel il aurait eu droit en vertu du CO.

— Selon la conception concrète de l'équivalence, en revanche, les indemnités d'assurance sont insuffisantes. En effet, à défaut d'affiliation à une compagnie d'assurance, le travailleur aurait reçu le plein salaire pendant trois mois, durée correspondant en l'espèce au temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO [57], soit un montant de Fr. 6000.—. L'employeur aurait donc été tenu de compléter les prestations d'assurance jusqu'à concurrence du salaire complet.

Cet exemple fort simple suffit à démontrer l'importance pratique du choix de l'une ou l'autre conception. Pour décider de ce choix, il nous paraît judicieux de comparer les avantages et désavantages respectifs de l'une et l'autre conception pour chacune des parties. Nous verrons que le facteur de la répartition des charges d'assurance joue un rôle important.

Section 2 : *Comparaison entre les deux conceptions d'équivalence des prestations : avantages et inconvénients pour les parties*

A *La conception abstraite*

1. *Position du travailleur*

Du point de vue du travailleur, la critique de la conception abstraite de l'équivalence des prestations est différente selon que l'employeur supporte intégralement le paiement des primes d'assurance ou que son apport financier se limite à la moitié de la prime [58].

a) Répartition de la prime par moitié entre l'employeur et le travailleur. Si l'on admet, comme l'a fait le Tribunal fédéral dans l'arrêt Inzerillo, qu'en supportant la moitié des primes l'employeur se

[57] Selon l'échelle de Berne.

[58] Dans tous les développements relatifs à la répartition de la prime entre employeurs et travailleurs, nous considérons que la participation du travailleur au financement de l'assurance réduit d'autant celle de l'employeur. Nous admettons donc par hypothèse que la prime totale est d'un montant invariable.

libère de l'obligation de payer le salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO, il faut en conclure qu'une sorte de péréquation s'établit entre les différentes durées d'empêchement et les différentes durées du droit au salaire ; en conséquence, il est possible de considérer, d'une façon générale, que la participation financière de l'employeur correspond en moyenne au salaire qu'il devrait verser à raison du CO. Le travailleur est donc désavantagé puisqu'en « rachetant » l'obligation de payer le salaire, l'employeur finance des prestations inférieures au salaire (nous savons, en effet, que les indemnités d'assurance ne couvrent généralement pas la totalité du salaire). L'avantage résultant de la longue durée des prestations dans le régime d'assurance est donc à sa charge et il subit l'inconvénient résultant de la couverture seulement partielle du salaire pendant le temps limité.

b) Prime totale à la charge de l'employeur. Dans cette hypothèse, l'inconvénient résultant de l'absence de couverture complète du salaire est effectivement compensé par la longueur des prestations d'assurance puisque celles-ci sont entièrement supportées par l'employeur. Dès lors, on peut affirmer, d'une façon générale, que la notion d'équivalence abstraite n'est avantageuse pour le travailleur que si l'empêchement est d'une durée beaucoup plus longue que le droit au salaire ou que le droit au salaire est très court.

2. *Position de l'employeur*

Au point de vue des charges financières, l'élément déterminant n'est pas, à notre avis, d'estimer la prestation patronale en fonction des indemnités journalières. La participation économique de l'employeur doit être calculée en fonction des charges financières que représente l'ensemble des primes versées à l'institution d'assurance. Cette somme peut alors être comparée au salaire dont il serait redevable en application de l'art. 324 a CO.

Il n'est pas facile de déterminer le montant d'une prime d'assurance pour perte de gain ; il varie en effet en fonction de certains éléments, tels la classe de risques (dans l'assurance-accidents), le groupe d'âge (dans l'assurance-maladie), le sexe, le délai d'attente, et surtout le montant de l'indemnité journalière ; il varie en outre selon que l'assu-

rance est individuelle ou collective. Cependant, il est possible de prendre comme référence une prime correspondant au 3,2% du salaire assuré. Ce taux est courant dans les cas d'assurance individuelle contre la perte de gain en cas de maladie de personnes d'une quarantaine d'années, dont le salaire est couvert à 80 % dès le premier jour et pour une durée de 720 jours. La part à la charge de l'employeur correspond donc à 3,2 % ou 1,6 % du salaire [59]. Ainsi, l'employeur versant la moitié de la prime d'assurance doit débourser, sur une période de dix ans, une somme de Fr. 3 840.— pour un travailleur au salaire moyen de Fr. 2 000.—. Le régime d'assurance s'avère anvantageux dès que le travailleur a été absent, tout au long de la durée d'engagement, pendant plus de 58 jours [60]. Si, en revanche, l'employeur supporte seul le paiement de la prime, il versera Fr. 7 680.— en dix ans et le système d'assurance ne lui sera profitable que si le travailleur est malade pendant plus de 116 jours.

B *La conception concrète.*

1. *Position du travailleur.*

Il ne fait pas de doute que la notion concrète d'équivalence est avantageuse pour le travailleur. Ce dernier, en effet, jouit du privilège de la longue durée des prestations d'assurance et de la garantie du plein salaire pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO. Ainsi, les prestations globales que reçoit le travailleur dans un cas d'espèce sont tou-

[59] Un grand nombre de conventions collectives de travail prévoient que l'employeur doit, pour se libérer de l'obligation de payer le salaire en cas de maladie du travailleur, prendre à sa charge un montant équivalant à 2 % du salaire brut du travailleur. Citons notamment :

— la convention collective de travail du 15 décembre 1972 conclue entre l'Association suisse des entreprises de forage et la FOBB (art. 17) ;
— la convention collective nationale de la maçonnerie, du génie civil, de la taille de pierre, de l'exploitation de carrières et de l'exploitation de sable et gravier, du 15 novembre 1972 (art. 25, al. 2, chiffre 1) ;
— la convention collective nationale de travail du premier janvier 1973 pour l'industrie des articles en bois et des tourneurs de la Suisse prévoit un pourcentage de 2,5 % du salaire brut (art. 15, al. 4).

[60] Cette période correspond à la durée du droit du travailleur au salaire jusqu'à concurrence de Fr. 3 840.—.

jours équivalentes au salaire que l'employeur aurait dû verser en vertu du CO. Elles lui sont même supérieures chaque fois que la durée d'empêchement dépasse le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO. La question se pose dès lors de savoir s'il n'y a pas cumul de prestations au bénéfice du travailleur. S'il participe pour moitié au financement de l'assurance, il n'y a pas de cumul possible puisque les indemnités journalières versées au-delà du temps limité sont économiquement assumées par lui. Si, en revanche, c'est l'employeur qui supporte seul le financement de l'assurance, l'adoption d'une conception concrète de l'équivalence des prestations a pour conséquence d'accorder au travailleur des prestations supérieures à celles que lui garantit la loi ; un tel privilège n'est admissible que si l'employeur y consent ; si tel est le cas, ce dernier fournit une prestation volontaire dépassant le cadre de ses obligations légales.

2. *Position de l'employeur.*

Admettre la conception concrète de l'équivalence des prestations implique, pour l'employeur, un effort financier plus important puisqu'il doit compléter, pendant le temps limité de l'art. 324 a, al 2 CO, les prestations d'assurance dont il assume par ailleurs le financement (total ou partiel). Une telle conception est cependant équitable s'il ne verse que la moitié des primes ; nous avons vu en effet qu'il se libère, par ce paiement, de l'obligation de verser le salaire pendant le temps limité [61] ; il est dès lors logique qu'il complète les prestations d'assurance si elles sont inférieures au salaire. Il est difficile d'établir avec exactitude une comparaison entre les prestations que fournit l'employeur dans le cadre d'un système d'assurance impliquant une conception concrète de l'équivalence et celles que le régime légal lui impose. En effet, le montant représentant la part patronale des primes d'assurance ainsi que le complément aux indemnités journalières peut être inférieur ou supérieur à celui du salaire complet pendant le temps limité, selon que la couverture du salaire par les prestations d'assurance est plus ou moins élevée et que la durée du droit du travailleur au salaire est plus ou moins longue. Il est cependant possible d'admet-

[61] *Supra*, p. 223.

tre, eu égard au coût de l'assurance pour perte de salaire, que la notion concrète d'équivalence ne représente pas une charge trop lourde pour l'employeur, dans la mesure où il ne prend en charge que la moitié de la prime d'assurance.

En résumant schématiquement les quelques points de comparaison que nous avons relevés ci-dessus, il est possible de constater que la conception abstraite de l'équivalence des prestations désavantage le travailleur qui participe au paiement des primes d'assurance, alors qu'elle est très favorable à l'employeur. Elle ne paraît équitable qu'à la condition que l'employeur supporte seul les primes d'assurance. La conception concrète de l'équivalence des prestations améliore sensiblement la situation du travailleur qui a contribué à payer les primes d'assurance, tout en respectant l'égalité de traitement des parties. Elle n'est en revanche guère concevable lorsque l'employeur assume seul le financement de l'assurance.

Section 3 : *L'équivalence abstraite ou concrète à la lumière de la jurisprudence et de la loi*

Avant l'entrée en vigueur de la LF du 25 juin 1971, la jurisprudence était divisée sur la question de l'équivalence entre les prestations d'une assurance dérogeant à l'art. 335 CO ancien et le salaire dû par l'employeur en vertu de cette disposition. Certains tribunaux admettaient que le régime d'assurance se substituât à celui du CO à condition d'accorder, dans l'ensemble, des prestations équivalentes à celles de l'art. 335 CO ancien ; ils adoptaient donc implicitement une conception abstraite de l'équivalence [62]. D'autres autorités judiciaires, se ralliant à une conception concrète, examinaient dans chaque cas d'espèce si les prestations d'assurance correspondaient au salaire dont le travailleur était privé [63]. Certains tribunaux, bien que favora-

[62] Voir notamment deux arrêts du tribunal de prud'hommes de la ville de Bâle des 7 mai 1947 et 6 juin 1947, parus *in* « *Jahresbericht des Gewerblichen Schiedsgerichtes Basel Stadt* » 1947 et cités par SONTHEIM (*op. cit.*, p. 45).

[63] Voir notamment un arrêt du tribunal de prud'hommes de la ville de Zurich du 7 mars 1959, paru *in* DTA, vol. 7, p. 92.

bles tout d'abord à l'une des conceptions, évoluèrent dans la direction opposée. C'est ainsi que la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois, dans un arrêt du 1er juin 1948 [64], stipulait : « Ce qui est déterminant, ce ne sont point les avantages généraux que procure l'affiliation à la caisse, mais les prestations reçues en fait par l'employé pendant la durée de la maladie ». Dans un arrêt du 27 novembre 1962 [65], cette même instance s'exprimait ainsi : «L'art. 335 CO est de droit relativement impératif. Les parties peuvent y déroger par des contrats particuliers ou des conventions collectives de travail instituant un système d'assurance-maladie à condition que, dans son ensemble, la solution adoptée n'impose pas moins de charges à l'employeur et n'apporte pas moins d'avantages à l'employé... » . Il nous semble que cette formulation plus nuancée révèle une évolution dans le sens d'une acception abstraite de l'équivalence des prestations [66].

Il est intéressant d'examiner qu'elle était la position du Tribunal fédéral face à ces deux tendances. Il s'est exprimé en ces termes dans l'arrêt Inzerillo [67] : il faut comparer le régime de l'assurance « par une appréciation globale de leurs avantages respectifs pour établir, dans chaque cas d'espèce, si le second accorde, dans l'ensemble, à l'employé des prestations au moins équivalentes à celles que lui garantit le premier ». Ce passage sybillin n'éclaire pas notre sujet de toute la clarté voulue puisqu'il utilise à la fois les expressions « dans l'ensemble » et « dans chaque cas d'espèce ». En fait, le raisonnement du Tribunal fédéral a été le suivant : il a constaté que les prestations d'assurance représentaient en l'espèce le 40 % à peine du salaire mensuel du travailleur, pourcentage qu'il a jugé insuffisant ; selon lui, la part du salaire que les indemnités journalières devaient couvrir s'élevait, eu égard au niveau du salaire de l'intéressé, à 60 % ; il en a conclu que l'équivalence des prestations n'était pas réalisée et que l'employeur devait payer le salaire complet, déduction faite des prestations d'assurance reçues. A première vue, il apparaît que ce raisonnement procède à la fois d'une concep-

[64] Arrêt cité au JT 1948, III, p. 106, reprenant la solution de l'arrêt du 16 mars 1948, paru au JT 1948, III, pp. 100 ss.

[65] Paru dans la RSJ 59, n° 37, p. 309.

[66] Cependant, en se référant à l'arrêt paru au JT 1948, III, p. 106, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois s'est à nouveau prononcée en faveur d'une conception concrète de l'équivalence des prestations, dans un arrêt du 14 janvier 1969, publié au JT 1969, III, p. 118.

[67] RO 96, II, pp. 136 et 137.

tion abstraite (les prestations sont suffisantes si elles couvrent le 60% du salaire et si elles ont été financées pour moitié par l'employeur) et concrète (puisqu'il est tenu compte de la situation matérielle du travailleur dans l'estimation du pourcentage qui doit être couvert dans le cas particulier). Il faut cependant relever qu'en l'espèce la durée de l'empêchement coïncidait avec celle du droit du travailleur au salaire (quatre mois). Si les prestations d'assurance versées pendant les quatre mois avaient représenté un montant correspondant au 60 % du salaire, il y a lieu de penser que le Tribunal fédéral aurait admis l'équivalence des prestations. Et l'admettre, dans cette hypothèse, relève d'une conception abstraite.

Le Tribunal fédéral s'est donc rangé, à notre avis, du côté des partisans d'une conception abstraite de l'équivalence des prestations, d'ailleurs largement répandue dans les conventions collectives de travail. Le choix de l'une ou l'autre conception dépend en dernier ressort de la portée que l'on accorde au caractère relativement impératif du droit au salaire ; le Tribunal fédéral, toujours dans l'arrêt Inzerillo, a confirmé que l'art. 335 CO ancien était de nature relativement impérative ; il l'a admis en ce sens qu'il était possible d'y déroger à certaines conditions ; il n'a cependant pas affirmé que le travailleur devait, dans chaque cas, recevoir des prestations qui soient au moins égales au plein salaire ; cette position reflète assez bien l'opinion générale à la veille de la revision des titres X et X bis CO.

La LF du 25 juin 1971 a-t-elle apporté des innovations en la matière ? Hélas, le législateur ne s'est guère attardé sur cette question et il n'a pas manifesté son intention de manière décisive.

Le Conseil fédéral, reprenant la conception dominante, disposait dans son projet [68] : « un accord écrit, un contrat-type de travail ou une convention collective de travail peut déroger à l'art. 324 a CO à condition d'accorder au travailleur, dans l'ensemble, des prestations au moins équivalentes ». Le texte du projet optait donc résolument pour une conception abstraite de l'équivalence ; il ne correspondait cependant pas exactement au message dans lequel le Conseil fédéral préconisait, nous semble-t-il, une conception concrète, tout en laissant la porte ouverte à d'autres solutions ; en effet, il s'exprimait en ces termes : « l'équivalence existe toujours lorsque les prestations d'assurance financées par l'employeur en

[68] FF 1967, II, p. 446 ; art. 324 b, al. 2 du projet.

cas de maladie, d'accident ou d'accouchement atteignent au moins le salaire que ce dernier aurait dû accorder conformément à l'art. 324 a, al. 2 CO » [69].

Au cours des travaux des commissions parlementaires, l'art. 324 b, al. 2 CO du projet du Conseil fédéral, qui allait devenir l'actuel art. 324 a, al. 4 CO, subit une importante modification ; désireuse d'adopter une conception concrète de l'équivalence, la majorité des membres de la commission du Conseil national se prononça pour la suppression des termes « dans l'ensemble » [70]. Le professeur Hug, auteur du projet, ne s'y opposa pas, pas plus d'ailleurs que les Chambres fédérales, qui acceptèrent le texte modifié.

Il résulte de ces considérations que l'intention du législateur, pour autant qu'on puisse en juger, était bien d'adopter une conception concrète de l'équivalence des prestations. Il faut cependant se garder d'être par trop affirmatif en l'absence de jurisprudence connue. Il n'est pas certain que le Tribunal fédéral modifiera les conclusions qu'il a prises dans l'arrêt Inzerillo.

Section 4 : *Réglementation proposée*

Nous refusons de nous rallier sans réserve à la solution qui semble correspondre à l'intention du législateur. En effet, la notion concrète de l'équivalence des prestations n'offre pas toutes les garanties souhaitables au point de vue de l'égalité de traitement entre les parties. Notre position peut se résumer schématiquement comme suit :

— la conception concrète de l'équivalence doit être admise lorsque l'employeur ne paie que la moitié des primes d'assurance ;

— la conception abstraite de l'équivalence doit être prise en considération si l'employeur assume seul le financement de la prime d'assurance.

[69] FF 1967, II, p. 344.

[70] Cette décision intervint lors de la sixième séance de la commission du Conseil national, qui se tint les 23, 24 et 25 janvier 1969, à Grindelwald.

A *Répartition par moitié de la prime d'assurance.*

L'obligation pour l'employeur de compléter les indemnités journalières d'assurance pendant le temps limité de l'art. 324 a, al. 2 CO s'impose pour les raisons pratiques que nous avons dégagées en analysant les avantages et les inconvénients qu'implique l'acception d'une conception concrète de l'équivalence. Il existe un autre motif important de se prononcer en faveur d'une telle conception ; il a trait à l'abrogation de l'art. 130, al. 1 LAMA. En effet, l'admission de la notion concrète de l'équivalence des prestations a pour conséquence de réintroduire la solution contenue dans l'ancien art. 130, al. 1 LAMA, lequel n'autorisait que l'imputation des prestations d'assurance ; en outre, cette disposition envisageait l'hypothèse d'une répartition égale des charges d'assurance entre l'employeur et le travailleur. Il importe de souligner l'interprétation du Tribunal fédéral dans l'arrêt Inzerillo [71], selon laquelle l'art. 130, al. 1 LAMA était applicable par analogie lorsque l'assurance n'avait pas été contractée auprès d'une caisse-maladie reconnue ; cette application était cependant partielle en ce sens que le Tribunal fédéral se référait à l'art. 130, al. 1 LAMA pour justifier l'imputation des prestations d'assurance sur le salaire afin d'éviter un enrichissement sans cause du travailleur ; à défaut, ce dernier aurait pu, en effet, bénéficier concurremment du salaire et des indemnités journalières d'assurance ; en revanche, le Tribunal fédéral n'a pas appliqué l'art. 130, al. 1 LAMA dans sa signification première — maintien du droit du travailleur au salaire — puisqu'il a admis implicitement que le travailleur aurait dû se contenter des prestations d'assurance si elles avaient atteint le 60 % du salaire. Or le Tribunal fédéral a lui-même précisé qu'il n'y avait pas de raison de traiter différemment les parties selon la qualification de la caisse. Il nous semble donc logique de considérer que, sous l'empire de l'ancien droit, les prestations d'assurance auraient dû être complétées par l'employeur, même si l'assurance avait été contractée auprès d'une compagnie privée d'assurance. Ce qui n'était pas le cas : le Tribunal fédéral l'a laissé entendre dans l'arrêt Inzerillo et la Division de justice, dans son avis de 1947, l'a clairement exprimé : l'employeur est libéré s'il a participé pour moitié au financement de l'assurance et si les prestations d'assurance sont, dans l'ensemble, équivalentes au salaire. Il en résulte qu'une différence de traitement

[71] RO 96, II, p. 138, *lit.* e.

était possible selon que l'assurance était conclue auprès d'un assureur privé ou auprès d'une caisse-maladie reconnue.

Qu'en est-il depuis que l'art. 130, al. 1 LAMA a été abrogé, soit depuis l'entrée en vigueur du titre X CO revisé ? Le régime de toutes les assurances contractées volontairement est celui de l'art. 324 a, al. 4 CO, quel que soit le risque assuré et quelle que soit la nature juridique de l'institution d'assurance. Admettre la validité d'un régime d'assurance impliquant une équivalence abstraite des prestations aurait pour conséquence de diminuer les droits des travailleurs assurés auprès des caisses-maladie reconnues puisque l'employeur ne serait pas tenu de compléter les prestations d'assurance ; une telle pratique entraînerait donc un recul des droits des travailleurs, qui irait à l'encontre de l'esprit de la revision du 25 juin 1971. Exiger, en revanche, que l'équivalence des prestations soit réalisée dans chaque cas particulier revient à mettre sur pied d'égalité les assureurs privés et les casses-maladie reconnues, sans léser les droits des travailleurs assurés auprès de celles-ci.

Comme nous l'avons relevé plus haut, il est difficile de prévoir dans quel sens la jurisprudence se déterminera. Dans l'hypothèse où elle se prononcerait, contrairement à notre opinion, en faveur d'une conception abstraite de l'équivalence, il serait peu logique, eu égard à la couverture minimum du salaire à raison de l'art. 324 b CO, qu'elle estime suffisantes des indemnités journalières inférieures au 80 % du salaire perdu. En effet, le problème que nous tentons de résoudre ici se rapproche étonnamment de celui qui préoccupa les Chambres fédérales à propos de l'assurance-accidents obligatoire. La question qui se posait alors était de savoir si l'employeur devait être libéré lorsque le travailleur recevait les prestations d'assurance (principe découlant d'une conception abstraite d'équivalence) ou si, au contraire, il lui incombait de compléter lesdites prestations, pendant le temps limité, jusqu'à concurrence du plein salaire (solution relevant d'une notion concrète de l'équivalence). Nous savons que le législateur s'est prononcé en faveur de la libération de l'employeur dans la mesure où les prestations d'assurance atteignent les quatre cinquièmes du salaire. Or le régime de l'assurance obligatoire, qui ressortit à l'art. 324 b CO, protège le travailleur plus efficacement que le régime de l'affiliation volontaire, réglementée par l'art. 324 a, al. 4 CO [72].

[72] Voir *supra*, quatrième partie, pp. 167 à 169.

Pour cette raison, nous estimons que les prestations d'une assurance contractée volontairement doivent être supérieures — ou pour le moins égales — à celles que l'art. 324 b CO garantit au travailleur ; c'est pourquoi nous préconisons l'adoption d'une conception concrète de l'équivalence des prestations.

B *Paiement de la prime d'assurance par l'employeur seul.*

La comparaison entre le régime de l'assurance-accidents obligatoire et celui de l'art. 324 a, al. 4 CO n'est plus possible dès lors que l'employeur supporte seul le financement de l'assurance. La référence à l'ancien art. 130, al. 1 LAMA peut, en revanche, être prise en considération. En effet, cette disposition n'excluait pas l'hypothèse du paiement complet de la prime d'assurance par l'employeur ; même dans ce cas, ce dernier pouvait donc être tenu de compléter les indemnités journalières d'assurance. Nous avons démontré que cette solution n'était pas compatible, dans le cadre de l'art. 324 a, al. 4 CO, avec le respect du principe de l'égalité des parties [73]. En conséquence, nous préconisons l'adoption de l'équivalence abstraite des prestations ; nous n'envisageons pas de revenir sur les motifs de notre choix ; ils ressortent largement des considérations issues de notre comparaison des avantages et des inconvénients des deux notions opposées de l'équivalence des prestations. Afin de tenir équitablement compte des intérêts des travailleurs, il nous paraît judicieux de n'admettre l'équivalence entre le système d'assurance et le système légal qu'à la condition que les indemnités journalières d'assurance couvrent le salaire dû par l'employeur à raison de 60 % [74].

Il importe enfin de préciser l'étendue de l'obligation patronale dans l'hypothèse où les indemnités journalières d'assurance ne sont pas jugées équivalentes au salaire. Si l'on fait de l'exigence de la couverture d'une part déterminée du salaire une condition de validité matérielle du régime dérogatoire, il convient de considérer que le système d'assurance est nul de plein droit si cette couverture minimum n'est pas réa-

[73] Voir *supra*, pp. 238 et 239.

[74] Nous nous sommes inspiré du pourcentage admis par le Tribunal fédéral dans l'arrêt Inzerillo, sans cependant retenir le critère adopté par notre Haute Cour pour le déterminer, savoir le niveau du salaire de l'intéressé.

lisée et que l'obligation de verser le salaire à raison du CO renaît. L'imputation des primes d'assurance sur le salaire constitue, dans ce cas, une simple mesure destinée à prévenir un enrichissement sans cause du travailleur. L'employeur est alors tenu de compléter les prestations d'assurance jusqu'à concurrence du salaire complet. C'est le raisonnement qu'a suivi le Tribunal fédéral dans l'arrêt Inzerillo [75].

Si, en revanche, l'insuffisance des prestations d'assurance n'invalide pas le système d'assurance comme tel, l'employeur peut être tenu de compléter les indemnités journalières jusqu'à concurrence de la proportion du salaire que le juge estime suffisante pour qu'il y ait équivalence au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO. Il se peut, en effet, que les prestations d'assurance financées par l'employeur soient très légèrement inférieures au pourcentage exigé par le juge ; condamner l'employeur à les compléter jusqu'à concurrence du salaire complet constitue, selon les cas, une sanction très dure. Pour le travailleur, il importe qu'il bénéficie, dans tous les cas, de la couverture du salaire estimée suffisante ; il est sans importance que la perte de gain soit couverte par l'assureur seul ou par l'assureur et l'employeur conjointement.

C'est à la seconde conception que va notre préférence ; le législateur s'y est d'ailleurs expressément rallié à l'art. 324 b CO puisque l'employeur n'est astreint à verser que la différence entre les prestations d'assurance insuffisantes et les quatre cinquièmes du salaire.

[75] Voir *supra*, p. 233, note 56.

CONCLUSION

Notre intention première était de nous livrer, en guise de conclusion, à une analyse critique approfondie des articles 324 a et b CO. A la réflexion, une telle entreprise nous paraît prématurée. En effet, la jurisprudence et la doctrine relatives à ces dispositions sont encore peu abondantes ; en outre, l'expérience pratique indispensable à toute critique constructive nous fait défaut. Il nous a donc semblé préférable de dresser dans les grandes lignes un bilan des points que nous estimons d'ores et déjà susceptibles d'être modifiés, ainsi que des questions qui méritent d'être précisées et éclaircies par la jurisprudence.

De lege ferenda, les modifications suivantes devraient être envisagées :

— admission de la renonciation partielle du droit du travailleur au salaire dans les cas de maladies récidivantes entraînant de nombreuses absences, à condition qu'elle soit dans l'intérêt de ce dernier [1] ;

— libération de l'employeur de l'obligation de payer le salaire en cas de service militaire. Sans exclure expressément le service militaire des motifs d'empêchement de l'art. 324 a, al. 1 CO, il est possible d'atteindre ce résultat par une augmentation des APG [2] ;

— libération de l'employeur de l'obligation de payer le salaire en cas d'accomplissement d'une fonction publique [3] ;

— libération de l'employeur de l'obligation de payer le salaire en cas de détention injustifiée du travailleur [4] ;

[1] Deuxième partie, pp. 46 et 47.
[2] Deuxième partie, pp. 50 et 53, et quatrième partie, p. 195.
[3] Deuxième partie, p. 54.
[4] Deuxième partie, pp. 60 et 61.

— suppression de la distinction contrats de travail de durée déterminée et contrats de travail de durée indéterminée dans la fixation de la naissance du droit du travailleur au salaire [5].

Enfin, nous exprimons le vœu que le juge interprétera la loi sur les points suivants :

— La portée de l'alinéa 3 de l'art. 324 a CO : la travailleuse a-t-elle un droit cumulatif au salaire en cas d'empêchement pour l'un ou l'autre motif de l'art. 324 a, al. 1 CO et pour le cas de grossesse [6] ?

— La rémunération des congés usuels : l'art. 324 a CO s'applique-t-il [7] ?

— La faute à teneur de l'art. 324 a CO : le rejet du droit du travailleur au salaire ne s'applique-t-il qu'aux cas de faute intentionnelle ? L'appréciation de la gravité de la faute du travailleur est-elle identique selon que la faute se manifeste dans le cadre des activités professionnelles ou en dehors de celles-ci [8] ?

— Le calcul de la durée des rapports de travail antérieurs à l'empêchement : le temps d'apprentissage doit-il être pris en considération [9] ?

— L'absence d'intervention de la CNA malgré l'affiliation du travailleur : l'employeur doit-il payer le salaire complet ou seulement les quatre cinquièmes du salaire [10] ?

— Le critère distinctif des art. 324 b CO et 324 a, al. 4 CO : la portée de l'affiliation du travailleur à l'institution d'assurance est-elle décisive [11] ?

— La notion d'équivalence des prestations au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO : nous nous référons aux propositions émises dans la cinquième partie de notre travail, en exprimant le vœu que la jurisprudence s'efforce d'édicter des règles de portée générale [12].

[5] Deuxième partie, pp. 79 et 80.
[6] Deuxième partie, pp. 48 à 51 et 76 à 78.
[7] Deuxième partie, pp. 58 et 59.
[8] Deuxième partie, pp. 68 à 71.
[9] Troisième partie, p. 97.
[10] Quatrième partie, pp. 163 et 164.
[11] Quatrième partie, pp. 148, 167 à 169, 173, 179.
[12] Cinquième partie, pp. 207, 220 ss.

BIBLIOGRAPHIE

1. *Articles, thèses, monographies, ouvrages généraux*

ÄBI Hans Kaspar : *Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht*, thèse Zurich 1957.

ATTINGER Karl : *Les caisses de compensation militaire*, thèse Zurich 1946.

BECKER Hermann : *Obligationenrecht, Abt. II, die einzelnen Vertragsverhältnisse*, Bern 1934.

BERENSTEIN Alexandre : *L'extension de l'assurance obligatoire contre les accidents* ; extrait du recueil des travaux publié par la Faculté de droit de Genève à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des Juristes, à Genève, du 4 au 6 octobre 1952.

— *Législation récente en matière d'assurance-accidents* ; exposé présenté le 27 mai 1961 à l'occasion de la première journée juridique de la faculté de droit de l'Université de Genève.

— *Le contrat de travail en droit suisse, in « Hommage à Paul Horion »*, pp. 25 à 37, Liège 1972.

BIGLER F[riedrich] Walter : voir Schweingruber Edwin und Bigler F[riedrich] Walter.

BILLETER André : *La résiliation abusive du contrat de travail*, thèse Neuchâtel 1952.

BIRCHMEIER Wilhelm : *Der Lohnanspruch aus Dienstvertrag im Schweizerischen Obligationenrecht*, Zürich 1926.

BURCKHARDT Walter : *Die Lücken des Gesetzes und die Gesetzesauslegung*, Bern 1925.

BUREN Bruno von : *Schweizerisches Obligationenrecht. Besonderer Teil*, Zürich 1972.

CANNER Rudolph : *Aus der Rechtsprechung zum Dienstvertragsrecht*, Zürich, München 1970.

— *Aus der Rechtsprechung zum Dienstvertragsrecht*, Zürich 1972.

Centre patronal vaudois : *Guide de l'employeur*, Lausanne 1973.

CHRISTEN Hans : *Lohnzahlungspflicht im Krankheitsfalle. Die Abgeltung durch eine Krankenversicherung*, Zürich 1947.

— *Reflexionen zum Urteil des Zürcher Obergerichtes vom 4. Mai 1948 betreffend die Auslegung von Art. 335 OR, in* RSJ 44, pp 366 et 367.

CUENDET Jean : *La faute contractuelle et ses effets. Etude de l'art. 99, al. 3 CO*, thèse Lausanne 1970.

DUERR Karl : *Militärversicherung*, Bern 1951.

— *Kommentar zum KUVG* ; 3. Auflage, Bern 1954.

— *Die obligatorische Unfallversicherung, Artikel 60 bis 100 des Bundesgesetzes über die Kranken- und Unfallversicherung*, Bern 1964.

ENGEL Pierre : *Traité des obligations en droit suisse. Dispositions générales du CO*, Neuchâtel 1973.

FISCHER Hans-Peter : *Le paiement du salaire durant les jours de carence prévus par l'assurance-accidents obligatoire, in « Revue syndicale suisse »*, mars 1973, pp. 73 à 76.

FISCHER Jacqueline : *La protection spéciale des jeunes gens et des femmes dans notre droit du travail actuel, in « Rapport de l'assemblée générale et de la conférence d'automne de l'association intercantonale pour le droit du travail »*, Weinfelden 1974.

GAUTSCHI Georg : *Nichterfüllung, Haftungsgrund und Haftungsverzicht bei Arbeitsobligationen*, Zürich 1969.

GERICKE Gustav Adolf : *Der Begriff « Krankheit » im Militär- und im KUVG*, thèse Zurich 1927.

GONVERS Jacques : *Les notions de droit du maître d'état* ; complément N° 1, Lausanne 1972.

GUHL Theo : *Le droit fédéral des obligations*, traduit de l'allemand d'après la troisième édition, par René Des Gouttes, Zurich 1947 ; cité : Guhl.

— *Das schweizerische Obligationenrecht*, 6e édition, Zurich 1972.

GYSIN Arnold : *Das Verschulden in der Sozialversicherung, in « Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung »* 1969, pp. 73 ss.

HOLZER Max : *Kommentar zum Arbeitslosenversicherungsgesetz*, Zürich 1954.

HUG Klaus : *Rechtliche Probleme der Teilzeitarbeit : Ferienregelung und Lohnzahlung bei Krankheit, in* RSJ 1974, pp. 186 à 189.

HUG Walther : *Die Revision des Dienstvertragsrechts, in « St-Galler Festgabe »* 1965, pp. 187 à 243 ; cité : Hug (1).

— *Die gesetzlichen Ausnahmen von der Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung* ; rapport du 10 avril 1969 à l'intention des commissions parlementaires ; cité Hug (2).

— *La nouvelle législation sur le contrat de travail, in « Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève »*, 11e journée juridique, 9 octobre 1971, pp. 81 à 111.

IZVEREN Adil : *Sorgfaltshaltung und Schadenersatzpflicht im Dienstvertragsrecht*, thèse Zurich 1952.

KATZ Robert : *Der Entgeldanspruch des Dienstpflichtigen in den Fällen einer Arbeitsverhinderung*, thèse Zurich 1938.

KESSLER Hans : *Die Rechtstellung des Versicherten in der privaten Kollektivunfall- und lebensversicherung*, thèse Zurich 1947.

KUHN Moritz : *Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers sowie sein Regress gegenüber einem Dritthaftpflichtigen, in* RSJ 1974, pp. 133 à 138.

LORETAN R[...] : *Vacances et jours fériés payés. Force dérogatoire du droit fédéral, in* JT 1939, I, pp. 324 à 329.

MARTIN Alfred : *Le Code des Obligations (des contrats de droit civil)*, Genève 1922.

MAURER Alfred : *Recht und Praxis der schweizerischen ogligatorischen Unfallversicherung*, 2e édition, Berne 1963.

MEYER Francis : *Le droit au salaire de l'employé empêché de travailler*, thèse Neuchâtel 1952.

MIESCHER Beat : *Die Folgen nicht vertragsgemässer Arbeitsleistung nach dem Dienstvertragsrecht und nach den allgemeinen Bestimmungen des OR*, thèse Berne 1968.

OCHSNER Carlos : *Die schweizerischen Betriebskrankenkassen*, thèse Zurich 1938.

OFTINGER Karl : *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, volume I, partie générale, 2e édition, Zurich 1958.

OSER Hugo - SCHONENBERGER Wilhelm : *Das Obligationenrecht*, 2e partie, Zurich 1936.

PFLUGER Adelrich : *Der Lohnanspruch bei Krankheit des Arbeitnehmers gemäss Art. 335 OR und dessen vertragliche Ablösung durch eine Krankenversicherung, in « Festgabe Max Obrecht »*, Solothurn 1961.

REHBINDER Manfred : *Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts.* 1re édition, Berne 1972.

— *Grundriss des schweizerischen Arbeitsrecht.* 2e édition, Berne 1973.

— *Grundriss des schweizerischen Arbeitsrechts.* 3e édition, Berne 1975 ; cité : Rehbinder.

ROSSEL Virgile : *Manuel de droit fédéral des obligations*, Lausanne, Genève, 1920.

ROULLET Maurice : *Questions juridiques en matière d'assurance militaire, in « Revue de droit suisse »* 61, 1942, pp. 257 ss.

SAAS C[...] : *Zur Interpretation des Art. 335 OR, in* RSJ 19, pp. 179 ss., 240 et 304.

SCHATZ Bernard : *Kommentar zum Eidgenössischen Militärversicherung*, Zürich 1952.

SCHENK Peter : *Der Einzelarbeitsvertrag*, Zürich 1973.

SCHNEEBERGER Ernst : *Die Lohnzahlung während des Militärdienstes des Dienstpflichtigen*, thèse Berne 1938.

SCHÖNENBERGER Wilhelm : Voir Oser Hugo - Schönenberger Wilhelm.

SCHOOP René : *Über das neue Arbeitsvertragsrecht*, St-Gallen 1973.

SCHWARTZ Paul : *Einführung in die Praxis des Dienstvertragsrecht*, Basel 1949.

SCHWEINGRUBER Edwin : *Die Entwicklung des Dienstvertragsrechts durch die Gerichtspraxis, in* ZBJV 1932, pp. 248 ss.

— *De la réforme du contrat de travail, in « Revue syndicale suisse »* 1945, pp. 215 ss.

— *Entwicklungstendenzen in der Praxis der Gesamtarbeitsverträge, in* ZBJV 1947, pp. 193 ss.

— *Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des obligations.* Traduit de l'allemand d'après la 2e édition remaniée du commentaire Lang par Albert Laissue, Berne 1952 ; cité : Schweingruber (1).

— *Kommentar zum Dienstvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts*, 4. Auflage, Zürich 1969.

— *Kommentar zum Arbeitsvertrag des Schweizerischen Obligationenrechts*, 5. Auflage, Bern 1974 ; cité : Schweingruber (2).

— *Commentaire du contrat de travail selon le Code fédéral des obligations.* Traduit de l'allemand d'après la 5e édition par Albert Laissue, Berne 1975.

SCHWEINGRUBER Edwin und BIGLER F[riedrich] Walter : *Commentaire de la convention collective de travail ainsi que de l'extension de son champ d'application.* Traduit de l'allemand d'après la 1re édition, Berne 1964.

— *Kommentar zum Gesamtarbeitsvertrag mit Einschluss der Allgemeinverbindlicherklärung,* 2. Auflage, Bern/Zürich 1972 ; cité : Schweingruber et Bigler.

SONTHEIM Wilfried : *Der Lohnanspruch des Dienstpflichtigen im Krankheitsfalle,* thèse Zurich 1949.

SOVILLA Kurt : *Le nouveau droit du contrat de travail, in « Journal des Associations patronales »* 1972, pp. 371 à 373.

STAUFFER W[...] : *Zur Auslegung des Art. 335 OR, in* ZBJV 1951, pp. 11 ss.

STEIN Peter : *Zur Lohnzahlungspflicht des Dienstherrn bei Krankheit des Dienstpflichtigen,* in RSJ 43, pp. 39 à 42.

STREICH Adolf : *Das Verschulden des Versicherten in der Militär- und in der obligatorischen Unfallversicherung,* thèse Berne 1941.

STREIFF Ullin : *Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht,* 1re édition, Glattbrugg/Zürich 1972 ; cité : Streiff.

— *Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht,* 2e édition, Glattbrugg/Zürich 1973.

SULZER Oskar : *Zur Interpretation des Art. 335 OR, in* RSJ 19, pp. 116 ss.

TSCHUDI Hans-Peter : *Die Ferien im schweizerischen Arbeitsrecht,* Basel 1948.

TUHR Andreas von : *Allgemeiner Teil des schweizerischen OR,* 2e édition française, Lausanne 1933-1934.

VIRET Bernard : *Les assurances obligatoires de personnes en Suisse, in « Revue suisse d'assurances »,* vol. 39, 1971-72, pp. 65 à 71, 113 à 122, 149 à 151, 175 à 183.

WEGMANN Alice : *Können Leistungen des Arbeitgebers nach OR 335 und 344, 2 auf eine Schadenersatzforderung des Arbeitnehmers gegenüber einem Haftpflichtigen Dritten ausgerechnet werden ? in* RSJ 55, pp. 274 ss. ; cité : Wegmann (1).

— *Das Verhältnis von Art. 130, 2 KUVG zu Art. 335 OR, in* ZBJV 1965, pp. 175 ss ; cité : Wegmann (2).

ZANETTI Bernardo : *Le Contrat collectif de travail et l'extension de son champ d'application* ; Fiches juridiques suisses 841 et 842, Genève 1958.

ZINGG Ernst : *Kommentar und Praxis zum Dienstvertrag nach dem schweizerischen Obligationenrecht,* Weinfelden 1937.

ZIRILLI Geneviève : *Problèmes relatifs à la détention préventive,* thèse Lausanne 1975.

2. *Périodiques*

Arrêts du Tribunal fédéral des assurances ; bulletin officiel, Berne.

Assurance-maladie : jurisprudence et pratique administrative, Berne.

Basler Juristische Mitteilungen, Basel.

Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich.

Bulletin sténographique officiel de l'Assemblée fédérale, Berne. Conseil national et Conseil des Etats.

Droit du tavail et assurance-chômage ; bulletin de l'OFIAMT, Zurich.

Feuille fédérale de la Confédération suisse, Berne.

Fiches juridiques suisses, Genève.

Jahresbericht des Gewerblichen Schildsgerichtes Basel-Stadt, Basel.

Journal des Associations patronales, Zurich.

Journal des Tribunaux, Lausanne.

Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération, Berne.

La Vie économique, Berne.

Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, Lausanne.

Revue à l'intention des caisses de compensation AVS et de leurs agences, des commissions AI et des offices régionaux AI, des organes d'exécution des prestations complémentaires à l'AVS/AI, du régime des allocations pour perte de gain en faveur des militaires et des personnes astreintes à servir dans l'organisation de la protection civile, ainsi que des allocations familiales, Berne.

Revue de droit suisse, Bâle.

Revue suisse d'assurances, Berne.

Revue syndicale suisse, Berne.

Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung, Bern.

Semaine judiciaire, Genève.

Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern.

TABLE DES MATIERES

Abréviations 9
Avant-propos 11

Première partie

L'ANCIEN ARTICLE 335 CO

Chapitre premier : Introduction 17

Chapitre II : La durée des rapports de travail 19
§ 1. Contrat de durée déterminée 19
§ 2. Contrat de durée indéterminée 20
Section 1 Interprétation stricte 21
Section 2 Interprétation extensive 22
§ 3. Conclusion 23

Chapitre III : Les causes de l'empêchement de travailler . . 25
§ 1. La maladie et les causes analogues 25
§ 2. Le service militaire 26
§ 3. Les autres causes analogues 27
§ 4. Conclusion 28

Chapitre IV : Les conséquences de l'empêchement de travailler . 30

Chapitre V : L'incidence de l'art. 130 LAMA sur l'art. 335 CO . 33

Chapitre VI : Le caractère impératif ou dispositif de l'art. 335 CO 36

Deuxième partie

LES CONDITIONS DU DROIT AU SALAIRE

Chapitre premier : Les motifs d'empêchement de travailler . . 41

§ 1. Introduction 41
§ 2. La maladie et l'accident 43
§ 3. La grossesse et l'accouchement 47
§ 4. L'accomplissement d'une obligation légale ou d'une fonction publique 51
Section 1 Historique 51
Section 2 Application pratique 53
— sous-section 1 : l'accomplissement d'une obligation légale 53
— Sous-section 2 : l'accomplissement d'une fonction publique 54
Section 3 Les obligations de l'employeur . . . 55
§ 5. Les autres motifs d'empêchement 57
Section 1 Les congés usuels 58
Section 2 Les faits objectifs 59
Section 3 Les risques de l'entreprise 59
Section 4 La détention non fautive 60
Section 5 Les jours fériés 61

Chapitre II : L'absence de faute du travailleur 63

§ 1. Généralités 63
§ 2. La notion de faute et les différentes catégories de fautes 64
Section 1 L'élément objectif de la faute . . . 65
Section 2 L'élément subjectif de la faute . . . 65
Section 3 Les diverses espèces de fautes . . . 66
§ 3. La faute au sens de l'art. 324 a CO 68
Section 1 Aperçu théorique 68
Section 2 Exemples pratiques 71

Chapitre III : La durée du contrat de travail 79

Troisième partie

LE SALAIRE

Chapitre premier : La notion de salaire 85

§ 1. Le principe général 85
§ 2. Le mode de rémunération 86
§ 3. Le mode de calcul de la rémunération 87
§ 4. Les cas particuliers de rétribution 88
Section 1 La gratification 88
Section 2 La provision 89
§ 5. Les conséquences du principe de non-enrichissement du travailleur 89

Chapitre II : La durée du droit au salaire 95

§ 1. Les critères de calcul 95
Section 1 La durée des rapports de travail . . 96
Section 2 Les circonstances particulières . . . 97
§ 2. La notion de temps limité 98
Section 1 Le minimum légal 98
Section 2 L'échelle de Berne : 100
A. Interprétation de l'échelle de Berne 101
B. Critique de l'échelle de Berne et proposition concrète 103

Chapitre III : Le droit au salaire et la résiliation du contrat . . 105

§ 1. Les données du conflit 105
§ 2. Les hésitations de la doctrine et de la jurisprudence avant la revision du 25 juin 1971 106
§ 3. La limite du droit au salaire « de lege lata » . . . 108
§ 4. De quelques problèmes liés à la résiliation du contrat de travail 111

Quatrième partie

L'OBLIGATION LIMITEE DE VERSER LE SALAIRE (étude de l'art. 324 b CO)

Chapitre premier : Introduction 115

Chapitre II : Résumé de la réglementation légale avant la LF du 25 juin 1971 concernant les rapports entre le CO et les assurances obligatoires 117

§ 1. La LAMA 117
§ 2. La LAM 120
§ 3. La LAPG 122
§ 4. Conclusions 123

Chapitre III : La genèse de l'art. 324 b CO 125

§ 1. Le projet du Conseil fédéral 125
§ 2. Du projet du Conseil fédéral au rapport du professeur Hug 127
§ 3. Le rapport du Professeur Hug 128
§ 4. Les projets des commissions des deux Conseils . . 133
Section 1 Le projet de la commission du Conseil national 133
Section 2 Le projet de la commission du Conseil des Etats 135
§ 5. Les nouvelles propositions de la commission du Conseil national ; le texte définitif 136

Chapitre IV : La délimitation du champ d'application de l'art. 324 b CO 141

§ 1. Remarques préliminaires 141
A. L'institution d'assurance 141
B. L'obligation d'assurance 142
C. La disposition légale instituant l'obligation d'assurance 142
§ 2. Le risque couvert par l'assurance obligatoire . . . 143

§ 3. Les diverses assurances obligatoires couvrant une perte de salaire 144
§ 4. Les assurances obligatoires échappant à la réglementation de l'art. 324 b CO en raison du risque couvert . 145
Section 1 L'assurance-vieillesse et survivants . . 145
Section 2 L'assurance-invalidité 146
Section 3 L'assurance-chômage 147
§ 5. Résumé et conclusion 148

Chapitre V : L'assurance-accidents 149
§ 1. Généralités 149
§ 2. L'assurance-accidents à teneur de la LAMA . . . 151
Section 1 Caractéristiques générales 151
Section 2 Les limitations au versement de l'indemnité pour perte de salaire 154
— sous-section 1 . la franchise générale de 20 % du salaire 154
— sous-section 2 : le délai d'attente de l'art. 74, al. 1 LAMA 155
— sous-section 3 : le plafond de l'indemnité journalière 156
Section 3 Les motifs de réduction ou de suppression de l'indemnité journalière et les cas de non-intervention de la CNA 157
— sous-section 1 : les motifs de réduction ou de suppression 157
A. La déclaration tardive 157
B. La faute de l'assuré en tant que cause de l'accident 158
C. La faute de l'assuré après la survenance de l'accident 160
D. Le dommage partiellement assuré 160
E. La retenue pour frais de garde et d'hospitalisation 161
— sous-section 2 : La non-intervention de la CNA . 162

§ 3. Les régimes d'assurance-accidents obligatoire en dehors de la LAMA 165
Section 1 Généralités 165
Section 2 Caractéristiques communes 166

Section 3 Applicabilité de l'art. 324 b CO . . . 167
Section 4 Les rapports entre les différentes assurances en cause et l'art. 324 a CO 169
— sous section 1 : l'assurance-accidents des travailleurs agricoles 169
— sous-section 2 : l'assurance-accidents des marins naviguant sous pavillon suisse 170
— sous-section 3 : la loi genevoise sur l'assurance-accidents 171
— sous-section 4 : l'assurance-accidents obligatoire dans le canton du Tessin 172
Section 5 Conclusions 173

Chapitre VI : L'assurance-maladie 175
§ 1. Généralités 175
§ 2. L'assurance-maladie obligatoire dans les cantons et ses caractéristiques générales 176
A. Cantons ayant instauré un régime d'assurance-maladie obligatoire 176
B, Cantons ayant autorisé les communes (voire les cercles) à déclarer l'assurance-maladie obligatoire . 177
C. Caractéristiques générales 178
§ 3. Applicabilité de l'art. 324 b CO 179
A. La portée de l'obligation d'assurance 179
B. La participation de l'employeur au paiement des primes d'assurance 180

Chapitre VII : L'assurance militaire 181
§ 1. Les caractéristiques de l'assurance militaire . . . 181
§ 2. L'assurance militaire et l'art. 324 b CO 184
Section 1 Les indemnités pour perte de salaire . . 184
Section 2 Les cas de réduction ou de suppression des prestations de l'assurance militaire 186
A. Le dommage dû à la faute de l'assuré . . . 186
B. Les cas de réduction de l'art. 41 LAM . . . 187
C. La retenue pour hospitalisation 188

Chapitre VIII : Le régime des allocations pour perte de gain . . 189
§ 1. Les particularités du régime 189
§ 2. Le genre et le montant des allocations pour perte de gain 190
§ 3. Les rapports entre le CO et les allocatons pour perte de gain 191
Section 1 Les cours de répétition 192
Section 2 Les services d'avancement 193
§ 4. Aperçu critique et conclusions 195

Cinquième partie

LA REGLEMENTATION DEROGATOIRE A L'OBLIGATION DE VERSER LE SALAIRE (étude de l'art. 324 a, al. 4 CO)

Chapitre premier : La nature de l'art. 324 a CO 199

Chapitre II : La systématique du texte légal 203

Chapitre III : La forme et le contenu des accords dérogatoires à l'art. 324 a, al. 1 à 3 CO 204
§ 1. La forme 204
§ 2. Le contenu 205

Chapitre IV : Le régime de l'affiliation volontaire à une institution d'assurance 209
§ 1. Introduction et description 209
§ 2. Avantages et inconvénients du système d'assurance . 210
A. Les avantages 210
B. Les inconvénients 211
§ 3. Les différents systèmes d'affiliation à une institution d'assurance 212
Section 1 L'assurance individuelle 212
A. Le travailleur est inassurable 213
B. Le travailleur omet de s'assurer 215
Section 2 L'assurance collective 216

Chapitre V : La notion d'équivalence des prestations au sens de l'art. 324 a, al. 4 CO 220
§ 1. La participation de l'employeur au financement de l'assurance 221
§ 2. La part du salaire couverte par les indemnités journalières d'assurance 226
§ 3. L'arrêt du Tribunal fédéral en la cause Inzerrillo c/ Dietrich 230
§ 4. L'équivalence abstraite et l'équivalence concrète des prestations 234
Section 1 Définition ; caractéristiques 234
Section 2 Comparaison entre les deux conceptions d'équivalence des prestations : avantages et inconvénients pour les parties 235
A. La conception abstraite 235
B. La conception concrète 237
Section 3 L'équivalence abstraite ou concrète à la lumière de la jurisprudence et de la loi 239
Section 4 Réglementation proposée 242

Bibliographie 247

Conclusion 249

Achevé d'imprimer
en février 1976
sur les presses de
l'Imprimerie Ganguin et Laubscher S.A.,
à Montreux.

Imprimé en Suisse

717808